

# **Commercio elettronico “*business to consumer*” transfrontaliero nell’UE: problematiche e profili di sviluppo**

## *Introduzione*

Il corretto funzionamento del mercato interno è sempre stato una delle priorità fondamentali dell’Unione Europea.

Proprio la vendita transfrontaliera a distanza venne individuata come uno dei possibili strumenti attraverso il quale realizzare il buon funzionamento del mercato interno a vantaggio in particolar modo dei consumatori<sup>1</sup>: “La vendita transfrontaliera a distanza può rappresentare per i consumatori una delle principali manifestazioni concrete della realizzazione del mercato interno,[...]è indispensabile per il buon funzionamento del mercato interno che i consumatori possano rivolgersi ad un’impresa situata fuori dal proprio paese.”

All’alba del nuovo millennio il rapido sviluppo di internet aprì nuove prospettive, soprattutto nell’ambito commerciale, ove con pochi “click” un qualsiasi cittadino europeo poteva visionare decine di pagine web di produttori sparsi per il continente per poi eventualmente procedere all’acquisto.

Questo progresso tecnologico influenzò in modo irreversibile la vita quotidiana<sup>2</sup>, venendo incontro alle nuove esigenze della società che

---

<sup>1</sup> Direttiva 97/7/CE riguardante la tutela dei consumatori in materia di contratti a distanza, spec. considerando numero 3, in G.U.C.E. del 04/06/1997

<sup>2</sup> L. MARINI, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2000, p. 329 e ss.

richiedevano una maggiore rapidità e semplificazione delle procedure e dei meccanismi, nonché l'abbattimento dei costi e delle distanze geografiche.

La Comunità Europea non tardò a comprendere il nuovo ventaglio di possibilità aperte dall'introduzione della tecnologia internet nel settore commerciale<sup>3</sup>, come si può notare da alcuni considerando introduttivi della direttiva 2000/31/CE relativa al commercio elettronico, in cui si identifica lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione<sup>4</sup> all'interno del territorio dell'Unione come un possibile strumento per eliminare le barriere che dividono i popoli europei, nonché come un potenziale fattore di occupazione e di crescita a favore soprattutto di piccole e medie imprese che consentirebbe di facilitare gli investimenti nell'innovazione al fine di rafforzare la competitività delle industrie europee, a patto che internet divenga accessibile a tutti.

Ad un esame superficiale dell'argomento ci si potrebbe stupire nel leggere uno dei considerando<sup>5</sup> introduttivi della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: " Il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita."

---

<sup>3</sup> *Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico")*, Considerando numero 1 e 2, in *G.U.C.E.* del 17/07/2000

<sup>4</sup> Per una definizione di servizi della società dell'informazione vedi *infra*, paragrafo 1.2

<sup>5</sup> *Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, spec. considerando numero 5, in *G.U.U.E.* del 22/11/2011

A distanza quindi di undici anni dalla direttiva 2000/31/CE (“Direttiva sul commercio elettronico”), permangono ancora degli ostacoli che hanno impedito la completa realizzazione del potenziale insito nelle vendite transfrontaliere online.

Il principale ostacolo allo sviluppo dell’e-commerce dal punto di vista del consumatore, oggetto di maggiore approfondimento nel proseguo della trattazione, è la cortina di diffidenza che generalmente avvolge questo tipo di compravendita<sup>6</sup>: “Vi è una generalizzata paura del nuovo, di ciò che ancora non si conosce e non si comprende del tutto, ed infatti fattori psicologici, quali la diffidenza e la sfiducia, rappresentano importanti ostacoli all’avvicinamento ai mercati elettronici da parte di nuovi utilizzatori.”

Questa problematica è un vero e proprio filo conduttore che caratterizza tutte le fasi della vendita online: dal momento in cui il consumatore viene raggiunto dalle comunicazioni commerciali del venditore fino a quando sarà eventualmente perfezionato l’acquisto.

L’oggetto della presente trattazione va identificato nel tentativo di ricostruire le varie fasi della compravendita online B2C transfrontaliera, evidenziando tutte le problematiche che possono sorgere e che l’Unione Europea tenta di risolvere con alterni risultati.

Il punto di vista privilegiato sarà quello del consumatore, sempre più spesso eletto quale destinatario della normativa comunitaria che regola i mercati.

---

<sup>6</sup> P. GUARDA, *Sicurezza dei pagamenti e privacy nell’e-commerce*, in *Diritto dell’internet*, N.1/2005, spec. p. 91

Tale approccio non mancherà di analizzare le criticità incontrate dalle imprese che si rivolgono a tale modalità di commercio, che spesso collidono con le esigenze dei consumatori.

Da più parti emergono dubbi circa l'atteggiamento delle istituzioni dell'Unione nei riguardi del commercio elettronico, sintetizzabili in tal modo:

- Ad anni di distanza dalla loro introduzione, possono ritenersi raggiunti da parte delle direttive gli obiettivi di tutela del consumatore e sviluppo del mercato elettronico interno?
- In caso contrario, occorre passare a fonti normative di armonizzazione massima (regolamenti)?
- Internet può ancora essere ritenuto, a discapito dei suoi utenti, un luogo immateriale senza leggi ed autorità regolatrici?
- Qual è il futuro del diritto contrattuale europeo?
- Si può parlare di giustizia sociale in materia di commercio elettronico?

Queste sono le domande principali a cui si tenterà di rispondere nel proseguo dell'elaborato, senza perdere di vista l'argomento specifico della compravendita.

Occorre essere consapevoli della circostanza che risolvere tali criticità deve essere obiettivo primario delle istituzioni dell'UE se davvero si vuole<sup>7</sup>: "Promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne."

---

<sup>7</sup> Op. cit.

## Capitolo primo

### Informazioni preliminari e fonti normative

#### 1.1. Definizioni

Come si evince dal paragrafo appena concluso<sup>8</sup>, la presente trattazione persegue il precipuo compito di disegnare un quadro completo delle problematiche che il consumatore incontra nel corso delle varie fasi della compravendita on-line dirette verso un altro Stato membro dell'Unione Europea. Per una lettura più agevole, si ritiene ora necessario definire alcune figure e concetti inerenti alla tematica qui affrontata.

Per commercio elettronico s'intende<sup>9</sup>: "l'attività che si esercita tramite gli strumenti informatici e telematici resi disponibili dalla tecnologia; il linguaggio è quello computerizzato, e le informazioni sono automatizzate; l'oggetto è [...] l'acquisto di beni e servizi, con pagamento effettuato, di regola, valendosi dello strumento elettronico; i vantaggi sono quelli della velocità, dell'enorme risparmio dei costi, della contemporanea penetrazione su tutti i mercati."

Inoltre<sup>10</sup>: "può rilevarsi che l'e-commerce non si esaurisce nella fase della transazione tra fornitore ed acquirente, ma abbraccia altri e diversi aspetti del rapporto commerciale, [...] quali la ricerca e l'individuazione del potenziale consumatore, la fase di trattativa e negoziazione, la stipulazione del contratto ed il pagamento dei prodotti o servizi acquistati, nonché [...] la distribuzione e la

---

<sup>8</sup> Vedi infra, paragrafo 1.1

<sup>9</sup> V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2002, parte seconda, spec. p.20

<sup>10</sup> L. MARINI, *op.cit.*, spec. p.330-331

consegna. Ciò mediante reti telematiche aperte ad un numero crescente di utenti, come Internet, e dunque, per usare un'espressione ormai entrata nel linguaggio comune, on-line."

Occorre specificare che si parla di commercio elettronico diretto, quando la compravendita riguarda l'acquisto di beni immateriali, eventualità molto diffusa attualmente, quali software e brani musicali che vengono resi immediatamente disponibili all'acquirente tramite download dal sito del produttore.

Si parla invece di commercio elettronico indiretto, quando oggetto della vendita sono beni materiali e la consegna avviene in questo caso tramite i canali convenzionali, come la posta e i corrieri commerciali.

In entrambi casi comunque, il contratto tra consumatore e professionista è concluso a distanza. Al fine di pervenire ad una definizione esaustiva di contratto a distanza occorre mettere a confronto l'articolo 2 della direttiva 97/7/CE<sup>11</sup> riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e il considerando numero 20 della direttiva 2011/83/UE<sup>12</sup> sui diritti dei consumatori che abroga la direttiva precedente.

L'articolo 2 della direttiva 97/7/CE recita: "contratto a distanza è qualunque contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso."

Il considerando numero 20 della direttiva 2011/83/UE nella prima parte si limita ad una riproduzione della precedente direttiva

---

<sup>11</sup> Op. cit.

<sup>12</sup> Op. cit.

stabilendo che:” La definizione di contratto a distanza dovrebbe coprire tutti i casi in cui è concluso un contratto tra consumatore e professionista nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza, mediante l’uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza (ordine mediante posta, Internet, [...] ), fino al momento della conclusione del contratto incluso.”

Poi però vi è un *quid pluris* nella definizione della direttiva più recente, in quanto precisa che:” Tale definizione dovrebbe anche includere le situazione in cui il consumatore si limita a visitare i locali commerciali per raccogliere informazioni sui beni o i servizi e successivamente negozia e conclude il contratto a distanza. D’altro canto, un contratto negoziato nei locali del professionista e concluso definitivamente mediante comunicazione a distanza non dovrebbe essere considerato come un contratto a distanza, così come non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza il contratto avviato mediante comunicazione a distanza ma concluso definitivamente nei locali del professionista.”

Rispetto alla precedente direttiva quindi, il legislatore comunitario si è limitato a esplicitare, citandoli all’interno della definizione, quei casi controversi nei quali vi è il dubbio sull’applicabilità o meno della disciplina dei contratti a distanza.

Il commercio elettronico viene ritenuto uno dei servizi resi possibili dallo sviluppo della società dell’informazione<sup>13</sup>.

Ma cosa si intende per servizi della società dell’informazione?

Qui vengono in soccorso i considerando 17 e 18 e l’articolo 2 della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE<sup>14</sup>, affermando che la definizione di servizi della società dell’informazione:” ricopre

---

<sup>13</sup> Op. cit., spec. considerando 1,2 e 5

<sup>14</sup> Ivi, spec. considerando numero 17 e 18

qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.” E ancora, al considerando 18:” I servizi della società dell’informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (online). Tali attività possono consistere, in particolare, nella vendita in linea di merci.”

All’articolo 2 la direttiva 2000/31/CE richiama la definizione contenuta nell’articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE<sup>15</sup>, definizione che non presenta profili di particolare interesse in quanto coincide esattamente con la definizione appena enunciata dei considerando 17 e 18 della direttiva sul commercio elettronico<sup>16</sup>.

La definizione che sicuramente ha suscitato il più ampio dibattito è quella di consumatore. Nonostante ormai si sia pervenuti ad una formulazione letterale stabile, permangono alcuni rilievi critici in ordine ad alcuni punti della definizione. Essa fu data per la prima volta all’articolo 2 della direttiva 93/13/CEE<sup>17</sup> secondo cui consumatore è la :” persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale.”

Punto di arrivo rappresenta la definizione contenuta nella citata direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori<sup>18</sup> che si limita a

---

<sup>15</sup> *Direttiva 98/34/CE, come modificata dalla Direttiva 98/48/CE che prevede una procedura d’informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell’informazione*, Articolo 1, punto 2, in *G.U.C.E.* del 05/08/1998

<sup>16</sup> *Op.cit.*: ”servizio della società dell’informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.”

<sup>17</sup> *Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, spec. articolo 2, lettera b, in *G.U.C.E.* del 21/04/1993

<sup>18</sup> *Op. cit.*, spec. articolo 2, punto 1



sostituire l'espressione: "attività professionale" della precedente direttiva, con: "attività commerciale, industriale, artigianale o professionale."

Come si può notare, non si tratta che di una mera esplicitazione di quanto già espresso nella formulazione originaria, non cambiando nulla nella sostanza.

Il primo profilo che ha suscitato qualche dubbio è stata l'esplicita esclusione delle persone giuridiche dalla nozione di consumatore. Se non si può negare che le direttive fin qui analizzate mirino anche<sup>19</sup> alla tutela dei contraenti, posti in una situazione di debolezza a causa della maggiore forza economica dei produttori, non si comprende come alcune figure rientranti tra le persone giuridiche, come onlus ed enti no profit, pur poste nella medesima situazione di debolezza contrattuale al pari delle persone fisiche, non debbano fruire della medesima tutela predisposta per i consumatori.

Questa interpretazione restrittiva della definizione di consumatore limitata alle persone fisiche è stata suggellata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>20</sup>, la quale ha anche aggiunto che<sup>21</sup> : "la diversificazione tra attività professionale ed extraprofessionale può avere senso solo con riferimento alle persone fisiche, essendo in re ipsa l'impossibilità che una persona giuridica agisca per scopi non legati al proprio statuto."

L'altra questione che occorre affrontare è quella di stabilire quando l'attività del soggetto non rientri : "nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale" e quindi possa

---

<sup>19</sup> E non solo alla tutela dei consumatori a giudizio di chi scrive, vedi *infra*, Capitolo 5, paragrafo 1

<sup>20</sup> Cause riunite C-541/99 e C-542/99 del 22/11/2001, in *Raccolta*, 2001, p. I-9049 ss., per testo integrale vedi [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

<sup>21</sup> G. PIZZOLANTE, *La nozione di "Consumatore" nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, spec. p.319 e ss.

beneficiare della tutela che le presenti direttive apprestano per il consumatore.

La maggior parte della dottrina<sup>22</sup> ritiene che lo scopo non “commerciale, industriale, artigianale o professionale” non possa identificarsi con la volontà del contraente-consumatore di destinare il bene ad un uso strettamente personale, ma vada individuato<sup>23</sup>:” analizzando il tipo di atto compiuto, le circostanze concrete che ne hanno accompagnato l’attuazione ed il bene oggetto dell’atto, o meglio l’uso e la destinazione a cui esso è normalmente preposto. Tale criterio, peraltro, non può che essere presuntivo, dovendosi ammettere la possibilità, rimessa alle parti, di provare l’effettivo uso di destinazione del bene.”

Inoltre, nel caso di contratti con duplice scopo, se rinveniamo nella debolezza contrattuale del consumatore la ratio della tutela apprestata dalle direttive:”<sup>24</sup> non possiamo sostenere che tale debolezza sussista solo quando la persona fisica contrae per destinare il bene ad uso personale in senso stretto e non invece quando lo voglia utilizzare anche per altri fini. Il soggetto sarà privo della tutela prevista dalla disciplina solo quando agisca da professionista, ponendo in essere atti della sua professione [...]. La tutela viene predisposta in favore di quel contraente che, operando al di fuori della propria sfera professionale, si appresta ad intrattenere rapporti e ad assumere obbligazioni, ignorando la gravità degli adempimenti che assume per il futuro.”

Nella stessa direzione si muove il considerando 17 della già citata direttiva 2011/83/UE<sup>25</sup> che afferma:” nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che

---

<sup>22</sup> Ivi, p.334-337

<sup>23</sup> Op.cit.

<sup>24</sup> Op.cit.

<sup>25</sup> Op. cit., spec. considerando 17

parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore.”

La nozione dell'altra parte della compravendita, il professionista, non dà luogo a rilievi critici degni di nota, in quanto si ricava proprio dalle osservazioni fatte riguardo alla definizione di consumatore. L'articolo 2 della direttiva 2011/83/UE<sup>26</sup> delinea la figura del professionista come:” qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nei contratti oggetto della presente direttiva, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto.”

Come si evince dal testo, rispetto alla nozione di consumatore, il professionista ovviamente può anche essere una persona giuridica che questa volta agisce “ nel quadro della sua attività commerciale, industriale artigianale o professionale.” In più, per il professionista è introdotta la figura della rappresentanza<sup>27</sup>.

L'unica definizione del contratto di vendita, seppur non presenti alcun elemento di innovazione o di particolare interesse, ci viene fornita dall'articolo 2 della ormai ben nota direttiva 2011/83/UE<sup>28</sup>:” qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi.”

---

<sup>26</sup> Ivi, spec. articolo 2, punto 2

<sup>27</sup> Ivi :”[...]anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto.”

<sup>28</sup> Ivi, spec. articolo 2, punto 5

## 1.2. Quadro normativo esistente

Sin dalla proposta di direttiva 1999/C 30/04<sup>29</sup> presentata dalla Commissione europea, che avrebbe portato all’emanazione della direttiva 2000/31/CE, l’organo di impulso legislativo aveva evidenziato come uno degli ostacoli al pieno sviluppo dei servizi della società dell’informazione, di cui il commercio elettronico è il principale rappresentante, fossero le incertezze e le divergenze fra le normative degli Stati membri:” Lo sviluppo dei servizi della società dell’informazione nella Comunità è limitato da numerosi ostacoli giuridici al buon funzionamento del mercato interno [...]. Gli ostacoli derivano da divergenze tra le normative nazionali, nonché dell’incertezza sul diritto nazionale applicabile a tali servizi<sup>30</sup>.”

La direttiva 1999/44/CE<sup>31</sup> sottolinea come sempre le incertezze e le divergenze normative tra Stati membri siano foriere di svantaggi sia per i venditori, sia per i consumatori:” le legislazioni degli stati membri riguardanti le vendite dei beni di consumo presentano numerose disparità, con la conseguenza che i mercati nazionali relativi alla vendita dei beni di consumo differiscono gli uni dagli altri e che possono verificarsi distorsioni della concorrenza tra i venditori<sup>32</sup>” e ancora:” la creazione di una base legislativa minima comune in materia di diritto dei consumatori, applicabile a prescindere dal luogo di acquisto dei beni nella Comunità, rafforzerà

---

<sup>29</sup> *Proposta della Commissione C 30/4 di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa a taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno*, in G.U.C.E. del 05/02/1999

<sup>30</sup> Ivi, spec. considerando numero 5

<sup>31</sup> *Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, modificata dalla direttiva 2011/83/UE*, in G.U.C.E. del 07/07/1999

<sup>32</sup> Ivi, spec. considerando numero 3

la fiducia dei consumatori e permetterà loro di trarre il massimo profitto dal mercato interno<sup>33</sup>.”

La direttiva 2011/83/UE, in uno dei suoi considerando iniziali<sup>34</sup>, sottolinea i possibili vantaggi di una regolamentazione della materia:” L’armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter fare affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori dell’Unione. Grazie ad una tale armonizzazione dovrebbe essere possibile eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme e completare il mercato interno in questo settore. Tali barriere possono essere superate soltanto mediante un insieme di norme uniformi a livello dell’Unione.”

Sebbene sia evidente, per quanto appena detto, che è necessario far chiarezza e creare un quadro giuridico uniforme per il commercio elettronico tra Stati membri dell’UE, occorre considerare la particolare natura della rete Internet, dato che:” Nella rete non sono certo individuabili i luoghi dei singoli computers, disseminati sulla superficie terrestre, e così i luoghi e l’identità degli innumerevoli utenti [...]. Il contenuto, visivo e auditivo, non ha posizione nello spazio. Esso costituisce e determina il proprio “spazio”: lo spazio telematico, che è un non-luogo, poiché i luoghi appartengono a terra, mare e aria. Navigando in Internet non si tocca alcun approdo spaziale, ma soltanto risultati visivi o uditivi:

---

<sup>33</sup> Ivi, spec. considerando numero 5

<sup>34</sup> Op. cit., spec. considerando numero 7

parole e suoni che non sono né qui né lì, ma nel puro spazio telematico, che si distende sopra la terra come un sopramondo<sup>35</sup>.”

Tenendo conto dell’assoluta originalità delle problematiche sollevate dalla rete Internet, si possono ipotizzare tre possibili forme di regolamentazione<sup>36</sup>.

La prima è quella di ritenere applicabile il diritto vigente al momento, in quanto non si reputa necessario creare strumenti normativi nuovi. Infatti per risolvere il problema dell’a-territorialità della rete, e quindi della scelta della legge applicabile, è sufficiente procedere alla formazione di accordi tra gli Stati che stabiliscano convenzionalmente un luogo artificiale in cui collocare gli scambi commerciali e applicare la legge di quel luogo:” Si tratta di scegliere un luogo artificiale, deciso dalla volontà degli Stati, che permetta di individuare il diritto applicabile e il giudice competente. Luogo artificiale poiché non corrisponde né ad un ordine concreto né a fenomeni originari, ma funziona soltanto come modo per convertire un fenomeno spaziale in un fenomeno terrestre. Il “dove” del diritto può essere “ovunque”: dovunque sia convenuto dagli accordi interstatuali<sup>37</sup>.”

La seconda soluzione possibile, diametralmente opposta alla prima, è quella che si rifà all’idea di libertà-anarchia della rete, vista come spazio senza legge. Questa posizione proviene dagli Stati Uniti, paese tradizionalmente rivolto verso un’economia di stampo liberistico, poco incline alla regolamentazione autoritativa dell’industria. Inoltre si ipotizza che :” l’interesse degli Stati Uniti ad un sistema deregolamentato si spieghi [...] con il fatto che Internet

---

<sup>35</sup> N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, spec. p.65

<sup>36</sup> Come sostenuto da C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, p.1 e ss.

<sup>37</sup> N. IRTI, *Norme e luoghi*, cit., spec. pp. 83-84

affonda negli USA le proprie radici storiche, e per un lungo periodo di tempo la determinazione degli standard tecnici e della architettura complessiva della Rete sono stati fortemente influenzati dalla forza del mercato americano. Internet ha di fatto rappresentato un importantissimo mezzo di esportazione dei valori culturali statunitensi, e di consolidamento del loro ruolo egemonico. E' evidente che la deregolamentazione è omogenea agli interessi degli oligopoli transnazionali che controllano (de facto) la infrastruttura planetaria di Internet, mentre una nuova forma di regolamentazione mondiale deve preoccuparsi di una prospettiva etica e democratica, delle profonde ineguaglianze nell'accesso all'informazione, in una formula dello sviluppo democratico della rete<sup>38</sup>."

Questa tesi della completa deregolamentazione ha una sua variante più sfumata che propone di dotare la rete non di una disciplina normativa tradizionale, ma di una soluzione di carattere tecnico.

A titolo esemplificativo si ipotizza: l'impiego di filtri che consentano di bloccare le comunicazioni pubblicitarie non sollecitate, l'innalzamento degli standard di sicurezza dei pagamenti e del trattamento dei dati personali mediante l'utilizzo di avanzati protocolli di comunicazione, un uso dei "cookies" che non consenta di rilevare le preferenze di navigazione dell'utente a fine di compiere indagini di marketing e così via.

Il vantaggio dell'utilizzo di una soluzione a carattere tecnologico sarebbe quello di non essere collegata ad un sistema giuridico statale particolare, oltre probabilmente ad essere molto efficace.

Il rilievo critico che le è stato mosso consiste nel fatto che:" la formazione delle regole tecniche, pur veicolando scelte di carattere

---

<sup>38</sup> Op. cit.

politico, avviene al di fuori del processo democratico, ed è, quasi inevitabilmente, espressione unilaterale di un solo versante degli attori coinvolti: quello dei fornitori di servizi e dei providers e delle imprese che prescelgono e governano il mezzo tecnico<sup>39</sup>.”

L’ultima soluzione, quella che ci riguarda più da vicino e che analizzeremo in dettaglio fra poco, è quella che ritiene necessario procedere alle opportune innovazioni del diritto e delle sue fonti per adeguarli ai fenomeni giuridici localizzati nella rete Internet.

Questa è la strada che ha deciso di compiere l’UE, attraverso l’emanazione delle direttive che affrontano i problemi specifici del commercio elettronico.

Ad avviso di Rossello<sup>40</sup>:” la soluzione non può essere rintracciata né nel normativismo puro, né nella creazione di un’enclave di regolamentazione autarchica e parallela rispetto al mondo reale. Probabilmente, l’approccio destinato a dare i maggiori frutti, ed al contempo in grado di garantire un controllo democratico sui processi decisionali, è quello di un adeguamento di un sistema delle fonti, e di un equilibrato mix fra strumenti di regolazione autoritativa e di disciplina convenzionale.”

Sebbene si possa condividere l’idea di un necessario adeguamento del sistema delle fonti alle particolarità sopra esposte della rete Internet, chi scrive è poco incline ai “mix”(per citare Rossello) di soluzioni diverse, preferendo di gran lunga una regolamentazione chiara, precisa e dettagliata dei vari profili del commercio elettronico, obiettivo che, come vedremo, non sempre è stato raggiunto dalle varie direttive emanate dalle istituzioni dell’Unione Europea.

---

<sup>39</sup> Op. cit.

<sup>40</sup> Op. cit.



### 1.2.1. Ipotesi di discipline normative alternative

Merita ora di accennarsi ad un'altra tendenza normativa dell'UE, riconducibile ai vari tentativi di emanazione di testi legislativi vincolanti, a differenza delle direttive, in tutte le loro parti: un'idea di codice europeo dei contratti, un progetto di quadro comune di riferimento e un regolamento di diritto comune europeo della vendita.

Se analizziamo lo sviluppo in materia di diritto europeo dei contratti, possiamo distinguere tre fasi attraversate dalle istituzioni dell'UE che corrispondono a tre diversi tipi di testo legislativo:

- a) nella prima fase, che possiamo approssimativamente collocare tra il 2001 e il 2004, si ipotizza la creazione di un codice civile europeo<sup>41</sup>. La commissione europea infatti: pubblica nel luglio 2001 una comunicazione "in materia di diritto europeo dei contratti" e avvia un'ampia consultazione sull'opportunità di realizzare un diritto europeo dei contratti al fine di eliminare eventuali elementi di ostacolo al buon funzionamento del mercato<sup>42</sup>. La consultazione ebbe esito negativo, soprattutto per le resistenze degli Stati membri, restii ad una invasione massiva delle proprie competenze in materia contrattuale, e nel 2004, in una sua comunicazione la commissione precisa di: non prevedere di proporre un codice civile europeo che armonizzi il diritto dei contratti

---

<sup>41</sup> Per un ampio dibattito in materia vedi *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2012

<sup>42</sup> P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 7/2012, spec. p.624 e ss.

degli Stati membri e che la prospettiva per il futuro è quella del quadro comune di riferimento<sup>43</sup> .”

- b) Nella seconda fase che va dal 2004 al 2011, viene portata avanti l’idea di un quadro comune di riferimento (CFR), una sorta di “toolbox” come viene spesso definito, contenente :” una base normativa generale di diritto scritto nella materia dei rapporti privati, in particolare contrattuali ed obbligatori<sup>44</sup>.” Subito si sollevarono le prime perplessità e il CFR fu definito come:” un cavallo di Troia, il quale, una volta adottato dall’Unione Europea, finirebbe con il diventare un codice<sup>45</sup>.” Nel 2008 apparve una prima versione di progetto di quadro comune di riferimento (DCFR), ma era già chiaro che l’idea sarebbe naufragata in quanto:” L’opera infatti era partita nel segno di principi da enucleare come common core del diritto dei contratti e delle obbligazioni riferito all’Europa, ma subito si era incamminata e infine è giunta al termine come un vero e proprio Progetto di quello che, con qualche approssimazione (per difetto) avrebbe potuto costituire un libro o due di un tradizionale codice civile<sup>46</sup>.” La commissione europea fu quindi indotta ad accantonare l’idea del DCFR dalla tiepidezza o contrarietà dei vari Stati membri, soprattutto quelli facenti parte dell’area di common law, ancora poco avvezzi all’introduzione di forme di diritto scritto.
- c) La terza fase è quella che si apre con la proposta di regolamento di diritto comune europeo della vendita (CESL)

---

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> C CASTRONOVO, *L’utopia della codificazione europea e l’oscura realpolitik di Bruxelles dal DFCR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 04/2011, spec. p. 837 e ss.

<sup>45</sup> Op. cit.

<sup>46</sup> Op. cit.

del 2011. Si tratta di uno strumento opzionale contenente una parte generale, attinta a piene mani dal DFCR, contenente una disciplina organica riferibile non soltanto alla vendita, ma a qualsiasi altro contratto, e una parte costituita da norme specifiche del tipo contrattuale della compravendita. Secondo alcuni:" la scelta di disciplinare la vendita solo apparentemente è una scelta "riduttiva" [...]. Le direttive comunitarie riguardano di fatto soprattutto (se non esclusivamente) il contratto di vendita[...]. Del resto la vendita, contratto di scambio per eccellenza, è il contratto che più immediatamente risulta connesso alla idea stessa di mercato [...]. E la regolamentazione del mercato concorrenziale costituisce, come è noto, una delle finalità originarie ed essenziali dell'azione normativa europea<sup>47</sup>." Secondo altri:" l'attenzione particolare nei confronti della vendita sembra giustificare l'accusa spesso rivolta al diritto che nasce dall'Unione europea di essere un diritto dei mercanti<sup>48</sup>." Due sono state principalmente le accuse mosse a questo testo: il mancato rispetto del principio di sussidiarietà e il possibile arretramento nella tutela dei consumatori. Alla prima obiezione è stato opposto il carattere opzionale dello strumento, applicabile solo mediante libera scelta delle parti, anche se:" l'adozione di uno strumento opzionale non significa rinuncia ad affermare una primazia del diritto contrattuale europeo rispetto ai diritto nazionali, ma semplicemente scelta di uno strumento meno eclatante per perseguire il medesimo risultato (di

---

<sup>47</sup> G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, 7/2012, spec. p.611 e ss.

<sup>48</sup> Op. cit.

superamento delle discipline nazionali<sup>49</sup>).” Al secondo rilievo, quello dell’ipotesi di arretramento nella tutela dei consumatori, si è replicato che la proposta di regolamento contiene norme che rispondono ad un livello di protezione del consumatore molto alto. Inoltre, anche nel caso in cui gli Stati membri abbiano introdotto mediante le leggi di recepimento delle direttive comunitarie norme di tutela del consumatore di livello più avanzato rispetto a quelle contenute dalla CESL, a norma dell’art. 6 par. 2 del regolamento Roma I<sup>50</sup>:” anche nei casi di legge liberamente scelta dalle parti (come nel caso della proposta di regolamento di cui si tratta), s’impone ai professionisti, che dirigono la propria attività verso il paese di residenza del consumatore, di conformarsi al livello inderogabile di tutela del consumatore che vige nel Paese di residenza di quest’ultimo.” In conclusione, il successo di questa legge dipenderà da :” how suitable CESL will be for the parties; in other words, whether its rules are appropriate for sellers and buyers and facilitate their sale decision. Roughly speaking, the success of CESL in the contractual practice will depend on its added value<sup>51</sup>.”

---

<sup>49</sup> Op. cit.

<sup>50</sup> *Regolamento n.593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Art.6 par.2, in *G.U.U.E.* del 04/07/2008

<sup>51</sup> S. ZORZETTO, *The common european sales law: a case of study on uniformity and feasibility in european legal system*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, spec. p.565 e ss.

### 1.2.2. Le direttive comunitarie vigenti

In questa sede si compirà un breve excursus delle direttive che affrontano con maggiore ampiezza il tema della compravendita transfrontaliera on-line all'interno dell'Unione Europea.

La prima direttiva in ordine di tempo emanata dall'UE che disciplina alcuni aspetti della vendita on-line è la 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza<sup>52</sup>.

Essa è stata però abrogata dalla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori<sup>53</sup>, della quale parleremo fra poco.

Prima infatti occorre spendere qualche parola sulla direttiva 2000/31/CE, detta "direttiva sul commercio elettronico"<sup>54</sup>.

Nella produzione di questa fonte normativa è chiaro come il legislatore europeo abbia aderito alla tesi, molto accreditata in quel periodo, dell'armonizzazione minima, poiché: "consapevole della pratica impossibilità di dettare una disciplina organica delle innumerevoli attività rientranti nell'ampia nozione di "commercio elettronico", ha voluto armonizzare le legislazioni nazionali in relazione ai soli aspetti in cui tale opera appariva imprescindibile, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui all'art.5 del trattato, rinviando per gli ambiti non regolati agli strumenti normativi nazionali ed internazionali ad essi applicabili"<sup>55</sup>.

Se operiamo un rapido excursus tra le norme della presente direttiva, troviamo la conferma di quanto è stato appena detto: mercato interno, regime di stabilimento del prestatore di servizi, informazioni generali da fornire ai destinatari del servizio

---

<sup>52</sup> Op. cit.

<sup>53</sup> Op. cit.

<sup>54</sup> Op.cit.

<sup>55</sup> M. SANTAROSSA, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, spec. p. 849 e ss.

nell'ambito delle comunicazioni commerciali, informazioni da fornire al momento della conclusione del contratto, responsabilità dei prestatori intermediari (providers), codici di condotta, Alternative dispute resolutions, ricorsi giurisdizionali, sanzioni. Questi sono i soli ambiti trattati dal testo normativo, ritenuti essenziali al fine dello sviluppo del commercio elettronico. Inoltre, anche nei settori affrontati dalla direttiva, viene solo tracciata una linea guida essenziale, lasciando poi agli Stati membri la concreta e puntuale regolamentazione. Tutto ciò alla luce delle convinzioni di quegli anni:” La dimensione mondiale del commercio elettronico, [...] non consente di nutrire seri dubbi circa l’opportunità di iniziative normative sovranazionali dirette ad uniformare o, quantomeno, ad avvicinare le legislazioni degli Stati interessati dal fenomeno, lasciando al contempo ampio spazio all’autoregolamentazione operata dai soggetti economici coinvolti che, per snellezza e rapidità di reazione, paiono i soli realmente in grado di fornire risposte adeguate agli incessanti e fulminei mutamenti tipici delle attività telematiche. In questo senso, [...] può convenirsi che la direttiva esaminata abbia intrapreso la giusta direzione<sup>56</sup>.”

Si affronti ora la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori<sup>57</sup>.

Per comprendere la diversità di approccio rispetto alla direttiva precedente, è sufficiente leggere la prima parte del considerando numero 7 che recita:” L’armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti.”

Sebbene la direttiva tratti anche questa volta solo alcuni “aspetti normativi chiave”, il livello di armonizzazione che si desidera raggiungere è completo, rispetto a quello minimo precedente.

---

<sup>56</sup> Op.cit.

<sup>57</sup> Op.cit.

Infatti:” salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva<sup>58</sup>.”

E’ facile rilevare un cambiamento di intenti del legislatore comunitario che questa volta, per ovviare agli inconvenienti della direttiva 2000/31/CE, la quale lasciava troppo spazio alle possibili divergenze nelle normative di recepimento degli Stati membri, disciplina puntualmente gli aspetti che decide di trattare.

Ai fini di ciò che si ritiene utile per la trattazione, la direttiva affronta le seguenti tematiche: informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti a distanza, requisiti formali per i contratti a distanza, consegna, mezzi di pagamento.

L’ultima direttiva a cui si ritiene opportuno accennare in questo capitolo è la 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo<sup>59</sup>.

La direttiva, nei suoi considerando iniziali, individua subito le premesse che hanno spinto le istituzioni dell’Unione alla sua emanazione:” i beni devono soprattutto essere conformi alle disposizioni contrattuali<sup>60</sup>” e :” è prassi corrente, per quanto riguarda alcune categorie di beni, che i venditori e i produttori offrano garanzie sui beni contro qualsiasi difetto che dovesse manifestarsi entro un certo termine<sup>61</sup>.”

Difetto di conformità e garanzia sono quindi le tematiche affrontate dalla presente direttiva, ritenute altri due aspetti della tutela del consumatore che possono accrescere la sua fiducia e di

---

<sup>58</sup> Ivi, Articolo 4

<sup>59</sup> Op. cit.

<sup>60</sup> Ivi, Considerando numero 7

<sup>61</sup> Ivi, Considerando numero 21

conseguenza potenziare le opportunità di scambi nel mercato interno<sup>62</sup>.

Nel proseguo della trattazione verranno considerate altre direttive e testi normativi, i quali disciplinano singoli aspetti utili ai fini dell'esposizione.

## **Capitolo secondo**

### **Dalle comunicazioni commerciali all'inoltro dell'ordine**

#### **2.1. Pubblicità e comunicazioni commerciali**

Il consumatore che si muove sul mercato di regola si trova ad operare con un bagaglio molto più ristretto di informazioni rispetto a quello detenuto dalle imprese. Ad opinione di Pardolesi<sup>63</sup> questa situazione è dovuta primariamente al principio di specializzazione del lavoro proprio delle economie di mercato, per il quale l'individuo è dotato solo delle limitate conoscenze utili e indispensabili al tipo di occupazione che esercita. Sebbene quindi ogni individuo, nel momento dell'acquisto, agisca per massimizzare l'utilità e minimizzare i costi, a causa dello squilibrio informativo esistente tra consumatore ed impresa, finirà per concludere contratti molto svantaggiosi per sé, sovente a senso unico e caratterizzati dall'attributo del "prendere o lasciare".

Le considerazioni appena svolte valgono sicuramente anche per i contratti di compravendita realizzati mediante la rete internet, in quanto la peculiarità del mezzo di comunicazione non accresce e

---

<sup>62</sup> Ivi, Considerando 5

<sup>63</sup> P. PARDOLESI, *Le garanzie relative ai beni di consumo venduti on-line. Pubblicità, affidamento, responsabilità*, in *Diritto dell'internet*, n.6/2007, p. 545 e ss.



non riequilibra il rapporto tra impresa e consumatore. Ad avviso dello scrivente la posizione del contraente debole viene ulteriormente aggravata dalle molteplici possibilità di comunicazioni commerciali dotate di un elevato grado di aggressività offerte alle imprese operanti nel cyberspazio.

Il primo mezzo a disposizione dei commercianti, nonché probabilmente uno dei più efficaci, è il *banner*, ossia una finestra incorporata o sovrapposta (*pop-up*) rispetto al sito web che la ospita e che reca l'indicazione di un'offerta commerciale. La variante più diffusa è sicuramente quella cosiddetta "*pop-up*", ovvero quella che all'apertura della pagina web compare in rilievo rispetto ad essa. Si può quindi comprendere l'invasività di tale forma di pubblicità in quanto il navigante non sceglie di aprire la finestra ma essa compare ugualmente, oscurando il sito internet desiderato. Per di più in alcuni casi, nel tentativo di chiudere la finestra pubblicitaria aperta dal *banner pop-up*, l'utente involontariamente apre il *link* (collegamento) che lo reindirizza alla pagina dell'impresa predisponente tale comunicazione commerciale.

L'evoluzione del *banner*, resa possibile dall'innovazione tecnologica, è l'*interstizial*, ovvero<sup>64</sup>: "un messaggio pubblicitario interattivo, contenente figure animate, filmati e audio, che viene automaticamente caricato nel momento in cui l'utente chiede di accedere ad una determinata pagina web. La visualizzazione di tale messaggio, che generalmente occupa interamente lo schermo, ha una durata predeterminata; ultimata la *réclame*, l'utente viene condotto automaticamente alla pagina richiesta."

---

<sup>64</sup> F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *I contratti*, 8-9/2012, p.735 e ss., spec. p.738

Secondo Rende<sup>65</sup> il *banner* merita un'attenzione specifica rispetto ai tradizionali mezzi di divulgazione delle offerte commerciali, in quanto presenta delle differenze degne di nota. Infatti mediante appositi *link* che talvolta, come accennato, si attivano automaticamente, questo mezzo di comunicazione permette di accedere alla pagina web predisposta dall'impresa per l'acquisto, azzerando la distanza tra sollecitazione pubblicitaria ed acquisto e collocandosi quindi nella fase immediatamente antecedente alla conclusione del contratto. In tal modo il rischio che il consumatore proceda direttamente alla fase finale della compravendita con un minor grado di consapevolezza e dotato di un numero insufficiente di informazioni si alza notevolmente.

Un altro strumento della rete spesso fatto oggetto di un uso scorretto e spregiudicato dalle imprese è costituito dai *meta-tags*.

I *meta-tags* sono metadati presenti nel linguaggio HTML (ossia il linguaggio di programmazione dei siti web) utilizzati per fornire informazioni sulle pagine ai motori di ricerca (*Google* su tutti). La loro caratteristica principale è quella di essere totalmente invisibili agli utenti. Quando il navigante inserisce una qualsiasi stringa nella casella di testo di un qualsiasi motore di ricerca, i risultati ottenuti sono determinati appunto dai *meta tags* inseriti nei siti web. Per fare un esempio, se si scrive la parola "tesi" nella casella di testo di *Google*, come risultati si otterranno tutte le pagine web che sono state "etichettate" (tag appunto) dai creatori delle pagine stesse con la parola "tesi" e altre simili.

Il problema però sorge quando questi *meta-tags* vengono utilizzati in modo scorretto dalle aziende. Infatti spesso vengono inserite nei siti *tag* che niente a che vedere hanno con il contenuto della pagina

---

<sup>65</sup> Op. cit.

web e la ricerca dell'utente verrà quindi ad essere falsata da risultati non richiesti. Da una ricerca magari indirizzata da esigenze culturali il navigante sarà dirottato tra gli scogli insidiosi delle offerte commerciali senza neanche averne la percezione.

Un ulteriore mezzo che può essere utilizzato per condizionare il consenso e che qui preme analizzare è il *domain name*.

Esso ha la funzione principale di attribuire un nome testuale facile da memorizzare ad un *server*, migliorando l'uso del servizio da parte degli utenti occasionali che altrimenti si troverebbero costretti a memorizzare lunghe stringhe numeriche. Un esempio di *domain name* è unipi.it.

Anche il *domain name*, come gli strumenti precedenti, presta facilmente il fianco ad un uso scorretto. Spesso infatti alcune aziende, al fine di sfruttare la notorietà presso i consumatori di imprese ben più blasonate e conosciute nel mercato globale, utilizzano *domain name* molto simili a quelli di suddette imprese, talvolta che differiscono anche per una sola lettera o numero, ingenerando così confusione nell'utente.

Il consumatore spinto dalla presunta notorietà dell'azienda con cui si appresta a stipulare una compravendita, si ritrova magari a fare i conti con un venditore semisconosciuto e privo di buone intenzioni. Si tenga presente che in questo caso il danno non è solo a carico del compratore, ma anche dell'azienda che vede usurpata la propria immagine e la propria reputazione da parte dell'impresa di ben minor prestigio.

Un altro elemento fuorviante che talvolta sono inseriti nel *domain name* sono parole come "gratis" o "sconto" che ingenerano nell'utente la falsa convinzione di trovare nel sito web dell'azienda prodotti scontati o gratuiti, trovando invece proposte che nulla hanno di gratuito o vantaggioso.

Vero e proprio fenomeno del ventunesimo secolo che non mostra ancora segni di crisi, anche *Facebook*, noto *social network* che non abbisogna di presentazioni, è stato posto sotto la lente di ingrandimento dei pubblicitari delle più grandi imprese mondiali, i quali ovviamente hanno trovato il modo di utilizzare il successo su scala planetaria della creatura di *Mark Zuckerberg*<sup>66</sup> per inserirvi, con elevato potere di diffusione, le comunicazioni commerciali in modo più o meno occulto. Nello specifico, al momento in cui l'utente di *Facebook* clicca ingenuamente sull'oramai noto pulsante "mi piace" posto nella pagina dell'ultimo modello di automobile, telefono cellulare e quant'altro, al lato della schermata principale del social network compariranno copiose comunicazioni commerciali delle aziende produttrici proprio delle automobili, telefoni cellulari, etc. Non solo, poiché tutto ciò comparirà anche nella pagina principale degli "amici digitali" dell'utente. Oltre all'uso pubblicitario di cui sopra, le imprese utilizzano le preferenze espresse dagli utenti ai fini di indagini commerciali. Chi scrive ritiene necessario quantomeno che questo fenomeno abbandoni il carattere occulto e venga manifestata all'utente la possibilità che le proprie azioni siano fatte oggetto di raccolta ai fini pubblicitari e di indagine.

---

<sup>66</sup> Informatico statunitense creatore di Facebook

### 2.1.1. Disciplina normativa delle comunicazioni commerciali

L'unica direttiva che fa specifico riferimento alla tematica delle comunicazioni commerciali è la 2000/31/CE<sup>67</sup>, detta direttiva sul commercio elettronico.

Già al considerando 29 della direttiva emerge la rilevanza che assume per le istituzioni europee il tema della pubblicità, ritenendola un volano di possibile sviluppo anche di servizi gratuiti:” Le comunicazioni commerciali sono essenziali per il finanziamento dei servizi della società dell’informazione e per lo sviluppo di un’ampia gamma di nuovi servizi gratuiti<sup>68</sup>.”

Il criterio guida in questo settore viene individuato nella trasparenza:” Nell’interesse dei consumatori e della correttezza delle operazioni, le comunicazioni commerciali, come gli sconti, le offerte e i giochi promozionali, devono ottemperare a numerosi obblighi di trasparenza<sup>69</sup>.”

L’articolo 6 della sezione 2 della direttiva analizzata prescrive le condizioni minime che devono rispettare le comunicazioni commerciali:”[...] gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell’informazione o ne sono parte integrante rispettino le seguenti condizioni minime:

- a) La comunicazione commerciale è chiaramente identificabile come tale;

---

<sup>67</sup> Op. cit.

<sup>68</sup> Op. cit., spec. considerando 29

<sup>69</sup> Op. cit.

- b) La persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile;
- c) Le offerte promozionali, come ribassi, premi od omaggi, [...] devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni per beneficiarne devono essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro ed inequivocabile<sup>70</sup>.”

I requisiti richiesti dai punti a) e c) dell’articolo possono essere facilmente ricondotti a quell’obbligo generale di trasparenza, ispiratore di tutta la disciplina delle comunicazioni commerciali e reperibile al considerando 29 della direttiva.

Il punto b) invece mira a rendere identificabile fin dalla fase embrionale della compravendita, quella appunto della comunicazione commerciale, il soggetto che pone in essere l’offerta commerciale online.

Altro fenomeno da analizzare è costituito dalle comunicazioni commerciali non sollecitate. Accade infatti che, nel momento in cui il navigante inserisce il proprio indirizzo mail in una pagina web al fine di usufruire di alcuni servizi, viene inconsapevolmente ed indesideratamente inserito in *mailing-list* pubblicitarie.

Da quel momento, senza aver mai manifestato un’intenzione in tal senso, riceverà quotidianamente e-mail contenenti svariate comunicazioni commerciali.

L’Unione europea, nei considerando della direttiva 2000/31/CE, afferma che:” l’invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate può risultare inopportuno per i consumatori e per i fornitori di servizi della società dell’informazione e perturbare il buon funzionamento delle reti

---

<sup>70</sup> Op. cit., spec. art. 6

interattive. [...] Negli Stati membri che autorizzano l'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate dovrebbero essere incoraggiate e agevolate appropriate iniziative di filtraggio da parte delle imprese del settore<sup>71</sup>.”

Anacronistica appare invece l'attenzione riposta affinché la ricezione di questi messaggi di posta indesiderata non comporti spese aggiuntive per il destinatario in termini di tempo di connessione<sup>72</sup>, considerazione comunque dotata di un valore al tempo di emanazione della direttiva.

L'articolo 7 comma 1 della direttiva<sup>73</sup> prescrive che le comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica debbano essere immediatamente identificabili come tali, senza margini di discrezionalità e fin dal momento in cui il destinatario le riceve. Ancora una volta quindi viene imposto il principio della massima trasparenza.

Il secondo comma impone agli Stati membri che permettono tale tipo di comunicazione commerciale di vigilare affinché i prestatori di servizi, che si avvalgono della tecnica dell'invio di messaggi di posta elettronica non sollecitati, rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi i soggetti che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali.

Il problema è che questi registri dovrebbero essere detenuti presso l'autorità competente di ciascun Stato membro (per l'Italia il garante per la protezione dei dati personali), ma molto spesso sono rimasti lettera morta per la difficoltà di identificare appunto l'autorità deputata alla loro cura. Inoltre, anche ammettendo di trovarsi in uno Stato che abbia provveduto a compilare tali registri, l'utente

---

<sup>71</sup> Op. cit., spec. considerando 30

<sup>72</sup> Op. cit.

<sup>73</sup> Ivi, art. 7

che ha richiesto l'iscrizione all'interno di essi dispone di mezzi troppo lenti e farraginosi (ricorsi giurisdizionali in testa) per reagire alle eventuali violazioni poste da parte delle aziende che continuano ad inviare le comunicazioni commerciali via e-mail.

Dalle considerazioni svolte dovrebbe apparire chiaramente quanto sia difficile per il consumatore sottrarsi e sfuggire da tutte le pressioni esercitate dalle varie comunicazioni commerciali, soprattutto a causa della circostanza che in molti casi le imprese utilizzano in modo scorretto i mezzi messi a loro disposizione dal web, al solo fine di ingannare e condizionare le scelte di consumo degli utenti.

## 2.2. Informazioni dirette alla conclusione della compravendita

Dopo essere stato destinatario di numerose comunicazioni commerciali durante l'attività di navigazione libera tra i vari siti web, il consumatore, per esigenza o indottovi dall'abilità comunicative dei pubblicitari assoldati dalle aziende, potrebbe decidere di procedere all'acquisto di una determinata merce reperibile online.

Il legislatore comunitario, spinto dalla considerazione che la particolarità della tecnica di comunicazione a distanza non può portare ad un abbassamento degli standard informativi forniti al consumatore, reputò necessario predeterminare le informazioni da trasmettersi obbligatoriamente ad esso a prescindere dalla tecnica di comunicazione utilizzata<sup>74</sup>. A ciò si provvede per la prima volta con la direttiva 97/7/CE<sup>75</sup> all'articolo 4 che elenca le informazioni che il

---

<sup>74</sup> Op. cit., considerando numero 11,

<sup>75</sup> Op. cit.



consumatore deve ricevere in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza:"

- a) Identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, indirizzo del fornitore;
- b) Caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- c) Prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte;
- d) Eventuali spese di consegna;
- e) Modalità di pagamento, consegna o esecuzione del contratto;
- f) Esistenza del diritto di recesso, [...];
- g) Costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;
- h) Durata della validità dell'offerta o del prezzo;
- i) [...] <sup>76</sup>."

Questo elenco è da ritenersi tassativo, in quanto fissa il minimum di informazioni che il venditore deve obbligatoriamente fornire al consumatore, lasciando alla libertà delle parti la possibilità di derogarvi in melius a favore del contraente debole, aumentando il numero di informazioni ricevute da esso.

Da osservare come il requisito richiesto al punto g) appare obsoleto in quanto il progresso tecnologico ha consentito ai consumatori di dotarsi di collegamenti a tariffa fissa, indipendentemente dal consumo.

Il secondo comma dell'articolo aggiunge alcuni requisiti formali che devono presentare le informazioni obbligatorie elencate nel primo comma: deve esser chiaro il loro scopo commerciale, fornite in modo chiaro e comprensibile e rispettando i principi di lealtà in

---

<sup>76</sup> Ivi, spec. art. 4

materia di transazioni commerciali e di protezione dei soggetti incapaci di prestare il loro consenso come i minori. Ancora una volta si può notare come i criteri ispiratori di fondo della disciplina siano ricercabili nella lealtà e trasparenza.

Una volta fornite le suddette informazioni, fu rilevato che esse, a causa della loro trasmissione mediante tecnologie elettroniche, risultavano effimere e poco adatte ai fini di una corretta esecuzione del contratto<sup>77</sup>. Si ritenne quindi opportuno che il consumatore ricevesse una conferma scritta almeno di alcune delle informazioni presenti nell'elenco dell'articolo 4. Il successivo articolo 5<sup>78</sup> della direttiva infatti prescrive che il compratore deve ricevere conferma per scritto o mediante altro supporto duraturo delle informazioni previste dal precedente articolo dal punto a) al punto f), al più tardi al momento della consegna. Inoltre, la comunicazione scritta deve contenere altre informazioni come le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso, l'indirizzo della sede del fornitore per presentare reclami e delucidazioni sui servizi di assistenza e di garanzia commerciali, utili in caso di eventuali problematiche che possono sorgere post vendita.

Come si evince dal dispositivo della causa C287/8<sup>79</sup> della Corte di giustizia, l'articolo in questione deve essere interpretato nel senso che non soddisfa i requisiti da esso imposti una prassi commerciale che consista nel rendere accessibili le informazioni richieste dalla norma precitata solamente attraverso un collegamento ipertestuale a un sito Internet dell'impresa interessata, dal momento che tali informazioni non sono né "fornite" da tale impresa né "ricevute" dal consumatore, come prescrive la suddetta disposizione, e che un sito

---

<sup>77</sup> Ivi, considerando 13

<sup>78</sup> Ivi, art. 5

<sup>79</sup> Cause riunite C-287/8 in G.U.U.E. del 22/09/2012, per testo integrale vedi [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

Internet come quello oggetto del procedimento principale non può essere considerato un “supporto duraturo” ai sensi del medesimo articolo 5 paragrafo 1.

Anche la direttiva 2000/31/CE<sup>80</sup> si occupa di definire gli obblighi di informazione che gravano sul prestatore, il quale deve provvedere affinché le seguenti informazioni siano facilmente accessibili e in modo permanente ai destinatari del servizio:”

- a) Nome del prestatore;
- b) Indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito;
- c) Gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l’indirizzo di posta elettronica<sup>81</sup>.”

La previsione di questi obblighi non costituisce alcuna innovazione rispetto alla direttiva 97/7/CE<sup>82</sup>, se non la previsione, al punto c), della possibilità riservata al prestatore di poter includere l’indirizzo di posta elettronica tra gli estremi che permettono al consumatore di contattarlo rapidamente.

Nella causa C-298/07<sup>83</sup> la Corte di Giustizia ha chiarito se, includendo il solo indirizzo di posta elettronica tra gli estremi che permettono di contattarlo, il prestatore di servizi avesse adempiuto all’obbligo imposto dal punto c) articolo 5 della direttiva in questione.

In particolare nel caso in esame la DIV, compagnia tedesca di assicurazione per autoveicoli che offre i suoi servizi esclusivamente su internet, menzionava sul proprio sito unicamente il proprio indirizzo postale e di posta elettronica, ma non il proprio numero di

---

<sup>80</sup> Op. cit.

<sup>81</sup> Ivi, art. 5

<sup>82</sup> Op. cit.

<sup>83</sup> Causa C-298/07, sentenza della CGUE del 16/10/2008, in G.U.U.E. del 06/12/2008, per testo integrale vedi [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

telefono, che veniva comunicato ai clienti soltanto eventualmente dopo la stipula del contratto. Le persone interessate ai servizi della DIV avevano per contro la possibilità di presentare una richiesta di informazioni attraverso la compilazione di apposite *form* online sul sito dell'azienda, con conseguente comunicazione delle risposte via mail. Il *Bundesverband* (federazione tedesca delle associazioni dei consumatori), ritenendo che la DIV fosse tenuta ad indicare il proprio numero di telefono anche prima della stipulazione del contratto per garantire una comunicazione diretta tra potenziale cliente e compagnia di assicurazioni, proponeva ricorso davanti al giudice tedesco, il quale sospendeva il procedimento e sottoponeva alla CGUE una questione pregiudiziale volta ad accertare se l'art 5, lettera c) della direttiva 2000/31/CE debba essere interpretato nel senso che il prestatore di servizi sia tenuto a fornire ai destinatari, anche prima della eventuale stipulazione del contratto, oltre all'indirizzo di posta elettronica anche altre informazioni che diano accesso ad una diversa via di comunicazione e, se tale obbligo esiste, se tali informazioni debbano contenere anche un recapito telefonico.

La Corte, partendo dalla considerazione che una norma comunitaria debba essere interpretata primariamente tenendo conto degli scopi perseguiti dalla normativa in esame, affermava che l'art. 5 mira a fornire una via di comunicazione diretta ed efficace tra destinatario e prestatore di servizi. Nel caso specifico, la via di comunicazione offerta dall'impresa assicuratrice (compilazione delle *form* sul sito della stessa e conseguente risposta presso la casella di posta del consumatore) ben si presta ad essere utilizzata in modo veloce ed efficace, garantendo al prestatore una risposta in un intervallo di tempo compreso tra i 30 e i 60 minuti. Quando però, come nel caso in esame, il destinatario, dopo aver preso contatti per via elettronica

con l'impresa, si trovi temporaneamente privato dell'accesso alla rete elettronica, il prestatore a parere della Corte deve fornire, su domanda dell'interessato, l'accesso a una via di comunicazione non elettronica che gli consenta di mantenere una comunicazione efficace. Si noti quindi che, anche in questo caso limite, il prestatore non è tenuto necessariamente ad indicare un numero telefonico ma più genericamente a garantire l'accesso ad una via di comunicazione non elettronica.

La direttiva 2000/31/CE<sup>84</sup> non limita a quelli contenuti nell'art.5 gli obblighi di informazione a carico del prestatore. Infatti all'art.10 introduce ulteriori informazioni che il prestatore deve fornire al destinatario del servizio prima dell'inoltro del ordine:" in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile,<sup>85</sup> e sono:"

- a) Le varie fasi tecniche della conclusione del contratto;
- b) Se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi;
- c) I mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine;
- d) Le lingue a disposizione per concludere il contratto<sup>86</sup>."

E' facile constatare come, rispetto all'elenco di informazioni contenuto nella stessa direttiva all'art.5, quello dell'art.10 contenga informazioni che non erano state menzionate nella direttiva 97/7/CE<sup>87</sup> e caratterizzate da un più elevato livello di specificità rispetto al tema del commercio elettronico. Interessante e di indubbia utilità sia l'obbligo previsto al punto c), relativo alla possibilità per il consumatore di correggere eventuali errori di inserimento dei dati prima dell'inoltro dell'ordine, sia quello

---

<sup>84</sup> Op. cit.

<sup>85</sup> Ivi, spec. art. 10

<sup>86</sup> Op. cit.

<sup>87</sup> Op. cit.

previsto al punto d) che fa sì che il prestatore di servizi si faccia carico di indicare le lingue a disposizione del destinatario per concludere il contratto, disposizione che ben si coniuga con l'attenzione riposta dalle istituzioni dell'Unione al tema delle vendite transfrontaliere.

Al comma 3 dell'articolo in questione la direttiva impone che le clausole e le condizioni generali del contratto debbano essere messe a disposizione del destinatario in un modo che gli si riservi la possibilità di memorizzarle e riprodurle.

Facendo un parallelo tra quest'ultimo articolo e il già analizzato art. 5 della direttiva 97/7/CE<sup>88</sup> si nota che, in linea con la generale tendenza all'informatizzazione dei documenti, è scomparso il riferimento alla conferma in forma scritta presente nell'articolo più risalente nel tempo.

Anche la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori<sup>89</sup>, abrogando la direttiva 97/7/CE, non può mancare di disciplinare l'obbligo di informazione a carico del professionista prima della conclusione del contratto con il consumatore. Nel preambolo della disposizione, oltre a varie considerazioni a carattere generale sull'obbligo di informazione che non presentano elementi di novità rispetto ai testi precedenti, troviamo al considerando 36 un enunciato che si fa apprezzare per la capacità di adattamento all'evoluzione tecnologica odierna. Sempre più spesso infatti, i consumatori procedono all'acquisto di merci mediante dispositivi mobili quali *smartphone* e *tablet*, il cui mercato negli ultimissimi anni è caratterizzato da una fortissima espansione che pare non conoscere crisi. A causa di questo fenomeno, il considerando analizzato auspica la possibilità che gli obblighi di informazione

---

<sup>88</sup> Op. cit.

<sup>89</sup> Op. cit.

siano adattati per tenere conto dei limiti tecnici di alcuni media, come la limitazione del numero dei caratteri visualizzabile sugli schermi dei telefoni mobili o la limitazione di durata degli spot televisivi. In questi casi aggiunge, il prestatore di servizi dovrebbe fornire un insieme minimo di informazioni obbligatorie per poi rinviare il destinatario ad un'altra fonte di informazione, come una numerazione telefonica gratuita o un link ad una pagina web del professionista, dove siano riportate in modo accessibile le informazioni pertinenti.

Gli obblighi di informazione prescritti dalla direttiva non divergono molto da quelli che erano previsti nella direttiva 97/7/CE abrogata, se non per alcune precisazioni ed una più puntuale definizione del diritto di recesso del consumatore. Le prescrizioni citate sono contenute nell'art. 6. In questa sede ci limiteremo a citare solo gli elementi innovativi o divergenti rispetto alla precedente direttiva.

Il disposto dell'articolo in questione recita:” Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile:

- a) [...]
- b) [...]
- c) [...]
- d) [...]
- e) [...]
- f) [...]
- g) [...]
- h) In caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto

conformemente all'articolo 11, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B;

- i) Se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta;
- j) Che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, o dell'articolo 8, paragrafo 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 3;
- k) Se non è previsto un diritto di recesso ai sensi dell'articolo 16, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso;
- l) Un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni;
- m) [...]
- n) [...]
- o) [...]
- p) [...]
- q) Se applicabili, l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista;
- r) Se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;
- s) [...]



- t) Se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso<sup>90</sup>.

Si evidenzia facilmente come larga parte delle novità riguardanti gli obblighi di informazione riguardano il diritto di recesso, vero “leitmotiv” della direttiva che nelle disposizioni successive viene disciplinato puntualmente. Inoltre si aggiunge l’obbligo di informare il consumatore dell’esistenza della garanzia legale di conformità per i beni e, se esistente, la possibilità di servirsi di un meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso. Quest’ultima disposizione appare anch’essa in linea con la tendenza attuale consistente nella diminuzione dei ricorsi giurisdizionali, caratterizzati da elevati costi in termini di tempo e risorse economiche, e viceversa dell’aumento dei ricorsi extragiudiziali, più veloci, economici e facili da attivare.

Il paragrafo 5 dell’articolo prescrive che le informazioni elencate al paragrafo 1 non possono essere modificate se non attraverso l’accordo espresso delle parti.

Il paragrafo 7 introduce la possibilità riservata agli Stati membri di stabilire nel diritto nazionale requisiti linguistici relativi all’informazione contrattuale al fine di garantire che il consumatore possa facilmente comprendere tali informazioni.

Infine, risolvendo ogni possibile dubbio, il paragrafo 9 disciplina l’onere della prova, stabilendo che grava sul professionista dimostrare l’adempimento degli obblighi di informazione contenuti nell’articolo 6.

L’evoluzione legislativa avvenuta in questo settore, avviatasi ad una sempre più precisa e puntuale definizione degli obblighi informativi antecedenti alla conclusione del contratto, non può che essere vista

---

<sup>90</sup> Ivi, spec. art.6

con favore. In questo modo si consente al consumatore di farsi un'idea più precisa su una serie di elementi come l'identità del professionista, le caratteristiche principali del bene e tutta una serie di condizioni contrattuali. Tutto ciò auspicabilmente dovrebbe instillare una maggiore fiducia nel contraente debole e convincerlo a portare a termine la compravendita. Quello della diffidenza verso le vendite online veniva e viene infatti ritenuto il maggiore ostacolo al pieno sviluppo di questo tipo di commercio<sup>91</sup>. Si vedrà in futuro se l'obiettivo sarà raggiunto.

### 2.3. Contrattazione telematica e inoltro dell'ordine

L'utilizzo di internet come mezzo di comunicazione tra consumatore e professionista, secondo Rende<sup>92</sup>, ridisegna il percorso tradizionale che porta alla formazione delle scelte di acquisto e fa emergere nuove e specifiche esigenze di protezione del contraente debole.

L'ingresso del web come mezzo di stipulazione di un contratto di compravendita trasforma il compratore da soggetto passivo, destinatario di comunicazioni commerciali standardizzate ed uniformi, a soggetto attivo, selezionatore unico delle informazioni di proprio interesse. In questo modo, è impossibile stabilire e regolamentare a priori i passaggi che condurranno allo scambio di consensi tra professionista e consumatore. Ogni compravendita potrebbe costituire un unicum irripetibile. Inoltre, l'interattività caratteristica del mercato online fa scomparire la distanza tra desiderio di acquisto e conclusione del contratto, solo un click separa la visualizzazione delle comunicazioni commerciali dalla manifestazione del consenso che perfeziona la compravendita. Ogni

---

<sup>91</sup> Vedi supra

<sup>92</sup> F. Rende, op. cit.

contatto tra venditore e compratore potrebbe risultare decisivo per la stipulazione del contratto. Infine, l'utilizzo delle nuove tecnologie rende pressoché prive di valore le distinzioni tradizionali operate dalle norme comunitarie delle varie fasi della transazione.

Per ovviare a problematiche di tal genere, il legislatore comunitario ha introdotto all' art. 8 della direttiva 2011/83/UE<sup>93</sup> alcune disposizioni che disciplinano sia la fase dell'inoltro dell'ordine, sia quella immediatamente precedente. Il paragrafo 2 impone al professionista, nel momento immediatamente precedente all'inoltro dell'ordine da parte del consumatore, di comunicare alcune delle informazioni dell'art.6 della direttiva dirette all'assolvimento dell'obbligo di informazione analizzato in precedenza<sup>94</sup>. Se si scorre l'elenco di queste, si può notare come l'art. 8 prescriva di ribadire le informazioni principali del contratto, come le caratteristiche essenziali dei beni e l'ammontare del corrispettivo a carico del consumatore. Chi scrive ritiene la disposizione utile ed efficace, in quanto permette al contraente debole di decidere in ultima istanza se acquistare o meno la merce, avendo davanti agli occhi le caratteristiche e il prezzo dell'oggetto, distanti ormai un solo click.

Il paragrafo 4 del medesimo articolo<sup>95</sup> prende in considerazione l'eventualità che il contratto venga concluso a distanza con un mezzo di comunicazione che consente uno spazio e un tempo limitato per visualizzare le informazioni, come ad esempio *tablet* o *smartphone*.

Nello specifico, su questi strumenti, prima della conclusione del contratto, devono essere visualizzate le informazioni riguardanti le

---

<sup>93</sup> Op. cit.

<sup>94</sup> Vedi supra, paragrafo 2.2

<sup>95</sup> Op. cit., articolo 8, paragrafo 4

caratteristiche principali dei beni e il loro prezzo, l'identità del professionista e il diritto di recesso. Le altre informazioni devono essere messe a disposizione dal professionista in modo appropriato al mezzo di comunicazione impiegato, in un linguaggio semplice e comprensibile dal consumatore<sup>96</sup>.

Passando alla direttiva 2000/31/CE<sup>97</sup>, per tentare di ricostruire il percorso che porta all'inoltro dell'ordine viene in aiuto il paragrafo 2 dell'articolo 11 che impone al prestatore di mettere a disposizione del destinatario del bene strumenti tecnici adeguati, semplici ed accessibili, al fine di permettere al consumatore di individuare e correggere eventuali errori occorsi nella fase di inserimento dei dati, prima di procedere all'inoltro dell'ordine.

Arrivati alla fase successiva si ritiene opportuno citare il secondo paragrafo dell'articolo 8 contenuto nuovamente nella direttiva 2011/83/UE che recita così: " Il professionista garantisce che, al momento dell'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare. Se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista. Se il professionista non osserva il presente comma, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine<sup>98</sup>."

A parere dello scrivente, questa disposizione più di ogni altra, rivela la specificità delle vendite online, alla luce anche delle considerazioni svolte all'inizio del presente paragrafo. Infatti, dato lo

---

<sup>96</sup> Op. cit., articolo 8, paragrafo 1

<sup>97</sup> Op. cit.

<sup>98</sup> Op. cit., spec. art. 8, paragrafo 2, secondo comma

spazio di un click che separa una semplice pulsione all'acquisto dall'obbligo di pagare il prezzo, aver disposto che il pulsante riporti la dizione "ordine con obbligo di pagare" assume un'importanza capitale al fine di rendere realmente consapevole il consumatore del fatto che sta per assumersi un obbligo. Altrettanto importante ed efficace appare la previsione che qualora il professionista non adempia alla prescrizione, il consumatore non debba ritenersi vincolato, circostanza che attribuisce all'intera disposizione una efficacia immediata, senza correre il rischio di rivelarsi, come spesso accade, un'arma spuntata per l'assenza di sanzioni conseguenti alla sua violazione.

Dopo aver inoltrato l'ordine, l'articolo 11 della direttiva 2000/31/CE<sup>99</sup> prescrive che il prestatore accusi la ricezione dell'ordine da parte del consumatore senza ingiustificato ritardo e per via elettronica, fattispecie che conferisce i crismi della certezza alla compravendita, precisando che l'ordine e la ricevuta sono da considerarsi prevenuti nel momento in cui le parti a cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi.

Per concludere, l'art. 8 paragrafo 7 della direttiva 2011/83/UE<sup>100</sup> impone al professionista di inoltrare al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole e al più tardi al momento della consegna dei beni.

A questo punto il contratto di compravendita è da considerarsi stipulato. Nel capitolo successivo si affronterà il tema delle obbligazioni a carico delle parti contraenti: pagamento del prezzo a carico del consumatore, consegna dell'oggetto da parte del professionista.

---

<sup>99</sup> Op. cit., art. 11, paragrafo 1

<sup>100</sup> Op. cit., art 8, paragrafo 7

## Capitolo terzo

### Adempimento delle parti e consegna della merce

#### 3.1. Pagamento del consumatore

Accade sempre più spesso che i consumatori vengano informati, a buon titolo, da stampa e media riguardo a casi di frode e di uso improprio dei dati a danno di chi utilizza sistemi di pagamento tramite carte e internet. Essi quindi, non possono che essere estremamente sensibili alla tematica della sicurezza dei pagamenti online<sup>101</sup>. Questa considerazione è stata confermata dalla consultazione pubblica sul futuro del commercio elettronico nel mercato interno dell'UE, da cui è emerso come la sicurezza dei sistemi di pagamento sia uno dei principali ostacoli al dispiegamento completo delle potenzialità del commercio elettronico.

*Forrester Reserach* prefigura una crescita del numero di acquirenti online in Europa, che passerebbero dai 141 milioni del 2009 a 190 milioni entro il 2014. Inoltre, si prevede che il mercato del commercio elettronico si amplierà ad un tasso annuale del 10% circa nei prossimi cinque anni. La spesa media pro-capite a livello UE passerebbe dai 483 pro capite del 2009 ai 603 pro capite nel 2014. A dispetto del noto potenziale di crescita, argomento già affrontato nel corso della trattazione, il commercio elettronico costituisce solo il 3,4% di tutto il commercio al dettaglio europeo. E' evidente quindi l'ampio margine di crescita che deve ancora essere sfruttato.

Agli albori dell'implementazione di questo tipo di mercato tuttavia, il problema che destava maggiori preoccupazioni e perplessità era la

---

<sup>101</sup> I. PICCIANO, *La commissione europea richiede un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono*, in *I contratti*, 5/2012, p. 431 e ss.

necessità avvertita di disporre mezzi di pagamento sempre più veloci ed adeguati alle caratteristiche e alle modalità operative della rete internet<sup>102</sup>. Infatti le transizioni realizzate in quel periodo erano caratterizzate dal fatto di essere concluse online, mentre i pagamenti ad esse relativi continuavano ad essere effettuati con i mezzi tradizionali, ovvero offline.

La distinzione tra le due modalità di pagamento, come spiega Martuccelli<sup>103</sup>, si basa sulla circostanza che, mentre i sistemi di pagamento offline permettono la sola trasmissione telematica dell'ordine di pagamento, il quale, per essere poi effettivamente eseguito, ha bisogno di una successiva operazione contabile, manuale o in forma automatizzata attraverso un altro computer, ma comunque separata e distinta rispetto a quella attraverso la quale è stato impartito l'ordine di pagare, nei mezzi di pagamento online l'operazione si svolge interamente in forma elettronica e senza bisogno di un'ulteriore attività umana rispetto all'ordine di pagamento impartito presso il computer di partenza. Di conseguenza, il sistema di pagamento online, a differenza di quello offline, opera per così dire in tempo reale, senza alcuno spazio temporale tra l'ordine di pagamento e la sua esecuzione.

Esempi di sistemi di pagamento offline, ormai destinati ad un utilizzo sempre meno frequente sia per la loro lentezza che per la minore praticità d'utilizzo, sono: il vaglia postale, contrassegno, bonifico bancario (non appunto il bonifico online).

Negli ultimi anni sono stati introdotti numerosi strumenti di pagamento online, dei quali la quasi totalità richiede l'intervento di una terza parte che funga da intermediario nella transazione. A

---

<sup>102</sup> G. STUMPO, *Il quadro tecnico e normativo di riferimento degli strumenti di pagamento on-line*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 685 e ss.

<sup>103</sup> S. MARTUCCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998, p. 173 e ss.

seconda dello strumento utilizzato, l'intermediario può essere legato da un rapporto contrattuale al venditore, al compratore o ad entrambi. I vantaggi di tali metodi di pagamento sono la velocità di utilizzo, convenienza ed efficienza. Alcuni di essi hanno un costo che viene addebitato simile alle commissioni legate all'utilizzo delle carte di credito, ma molto spesso sono totalmente gratuiti. Poiché sono molto pochi gli interventi normativi che disciplinano questo settore, si assiste ad una contrattualizzazione dei diritti di compratori e venditori<sup>104</sup>.

E' possibile suddividere le modalità di pagamento utilizzabili nella rete in tre gruppi.

Il primo, nonché indubbiamente il più utilizzato, è il sistema *credit based*, rappresentato dalle transazioni che avvengono attraverso l'invio dei dati della carta di credito. Nonostante i dubbi già evidenziati sulla sicurezza dei pagamenti online, le carte di credito coprono più dell'80% della spesa virtuale mondiale. Una spinta in questo senso è stata sicuramente favorita dall'introduzione delle carte di credito ricaricabili, nella quali il compratore si limita a caricare l'importo strettamente necessario all'acquisto che vuole effettuare e nulla più, limitando così il rischio di clonazione o di utilizzo fraudolento della carta.

L'utilizzo di tale sistema di pagamento avviene in questi termini:

il consumatore, dopo aver prestato il consenso alla compravendita ed aver quindi concluso il contratto online, digita sul proprio computer i dati della carta di credito che vuole utilizzare (numero della carta, costituito dalle 16 cifre poste sul lato anteriore di essa, nome e cognome dell'intestatario, data di scadenza e codice cvc, ovvero le ultime 3 cifre del numero riportato questa volta sul retro

---

<sup>104</sup> P. GUARDA, op. cit.



della carta) che, dopo essere stati criptati, vengono inviati al venditore. Quest'ultimo, a seguito dell'invio, chiederà l'autorizzazione alla propria banca, la quale darà il via all'operazione, previo controllo e verifica dei dati in questione.

Un'evoluzione in termini di sicurezza e garanzia dell'anonimato rispetto alle tradizionali carte di credito è rappresentata dalle *smart card*. A differenza delle comuni prepagate infatti, contengono al loro interno un microprocessore che permette alla carta di memorizzare un numero notevolmente superiore di dati. Le *smart card* sono di due tipi: monouso, che consentono l'effettuazione di pagamenti a beneficio di un unico soggetto, spesso costituito dall'emittente, oppure multiuso, che permettono di effettuare pagamenti nei confronti di un numero ampio di esercenti convenzionati.

E' da notare che negli ultimi anni, anche le tradizionali carte di credito prepagate, oltre alla banda magnetica che consente la memorizzazione di un numero esiguo di dati e quindi un minore livello di sicurezza, sono dotate di un *chip* come le *smart card*. Per questo motivo la diffusione di quest'ultime è destinata a diminuire progressivamente.

L'ultimissima tendenza nei pagamenti mediante carta di credito sono i pagamenti di prossimità. Basati sulla tecnologia NFC, necessitano per il loro utilizzo di telefoni dotati di architettura NFC ed abbinati ad una carta di credito. Il pagamento si effettua in questo modo direttamente presso il punto vendita semplicemente avvicinando il telefono cellulare all'apposito lettore. Per il profilo che interessa ai fini del testo, ovvero i pagamenti a distanza, questa tecnologia permetterà a qualsiasi utente di dotarsi del lettore apposito, installandolo sul proprio computer, permettendogli così di procedere al pagamento degli acquisti effettuati online avvicinando il telefono al terminale, con un notevole risparmio in termini di

tempo, sicurezza e privacy, poiché questo sistema è dotato di un avanzato protocollo di criptazione dei dati trasmessi.

I rischi connessi all'utilizzo di tale metodo di pagamento sono, per l'acquirente, legati alla sicurezza dei dati che viaggiano sulla rete e alla possibilità che questi vengano intercettati e clonati abusivamente da terzi.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare però, colui che sopporta i rischi maggiori dell'effettuazione di un pagamento a distanza mediante carta di credito è il venditore: costui infatti, accettando il pagamento senza verificare l'identità tra acquirente e titolare della carta di credito, si verrà a trovare in una posizione giuridica molto debole. A questo punto infatti, il compratore avrà davanti a sé due possibilità: proporre azione di nullità del contratto nei confronti del venditore sostenendo di non avere espresso la propria volontà formativa del contratto, oppure richiedere all'istituto di credito emittente il risarcimento della somma fraudolentemente pagata.

Quanto detto viene confermato dall'art. 8 della direttiva 97/7/CE<sup>105</sup> che, nel caso di pagamenti mediante carta, impone agli Stati membri di adottare misure appropriate per permettere al consumatore di chiedere l'annullamento di un pagamento in caso di utilizzazione fraudolenta della sua carta e che, in questo caso, le somme versate vengano riaccreditate o restituite.

Per risolvere tali ordini di problematiche risulta quindi opportuno adottare sistemi avanzati di sicurezza che garantiscano l'identità e l'idoneità del codice della carta digitato.

Il secondo gruppo di sistemi di pagamento è costituito dagli strumenti *debit based*, fondati su meccanismi tipici del sistema

---

<sup>105</sup> Op. cit.

bancario. In questo caso il consumatore, dopo aver aperto un conto corrente online presso una banca, installa nel proprio computer una sorta di libretto degli assegni digitale; al momento della transazione il compratore appone all'assegno la propria firma digitale e lo invia al venditore che si rivolge infine all'emittente per incassare l'importo.

L'ultimo gruppo di sistemi di pagamento risponde al nome di *token based*. La sua peculiarità è quella di essere totalmente immateriale e potenzialmente incontrollabile. La moneta elettronica è un valore numerico rappresentante l'importo di cui il consumatore è creditore nei confronti dell'emittente. Questa somma viene memorizzata su un dispositivo elettronico dietro ricezione di fondi il cui valore non può essere inferiore al valore monetario emesso dall'emittente. Questo strumento di pagamento è ormai molto diffuso e accettato da numerosi venditori. L'esempio più conosciuto di pagamento *token based* è indubbiamente *Paypal*. Il vantaggio principale di questo sistema è la facilità e rapidità con cui si può ottenere il rimborso della somma corrisposta al venditore nei casi di recesso, difetto di conformità o semplicemente perché l'oggetto non risulta essere all'altezza delle aspettative di gradimento del cliente.

Il legislatore europeo ha ritenuto opportuno disciplinare alcuni aspetti legati all'utilizzo della moneta elettronica e a tal fine ha emanato la direttiva 2009/110/CE, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica<sup>106</sup>. Questo testo normativo, oltre a stabilire i requisiti e le procedure per assumere il ruolo di emittenti di moneta

---

<sup>106</sup> Direttiva 2009/110/CE, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, in G.U.U.E del 10/10/2009

elettronica, disciplina altri aspetti che interessano maggiormente ai fini della trattazione.

All'art. 10 si introduce il divieto di emettere moneta elettronica per le persone fisiche o giuridiche che non sono emittenti di moneta elettronica, proprio perché devono rispondere ad una serie di requisiti enunciati nella direttiva stessa al fine di incrementare certezza e sicurezza delle transazioni.

L'art 11 disciplina modalità e condizioni di emissione e rimborsabilità della moneta elettronica:"

1. Gli Stati membri garantiscono che gli emittenti di moneta elettronica emettano moneta elettronica al valore nominale dietro ricevimento di fondi.
2. Gli Stati membri assicurano che, su richiesta del detentore di moneta elettronica, gli emittenti di moneta elettronica rimborsino, in qualsiasi momento e al valore nominale, il valore monetario della moneta elettronica detenuta.
3. Il contratto tra l'emittente di moneta elettronica e il detentore di moneta elettronica indica chiaramente ed esplicitamente le condizioni del rimborso, comprese le relative spese e il detentore di moneta elettronica è informato di tali condizioni prima della sottoscrizione di qualsiasi contratto od offerta.
4. Il rimborso può essere soggetto al pagamento di una commissione soltanto se previsto dal contratto conformemente al paragrafo 3 e soltanto in uno dei seguenti casi:
  - a) Se il rimborso è chiesto prima della scadenza del contratto;

b) Se il contratto prevede una data di scadenza e il detentore di moneta elettronica recede dal contratto prima di tale scadenza; o

c) Se il rimborso è richiesto più di un anno dopo la scadenza del contratto.

Tale commissione deve essere proporzionata e commisurata ai costi reali sostenuti dall'emittente di moneta elettronica.

5. Qualora il rimborso sia richiesto prima della scadenza del contratto, il detentore di moneta elettronica può richiedere il rimborso della moneta elettronica in tutto o in parte.

6. Qualora il rimborso sia richiesto dal detentore di moneta elettronica alla scadenza del contratto o fino ad un anno dopo tale data è rimborsato il valore monetario totale della moneta elettronica detenuta<sup>107</sup>.”

Apprezzabile e opportuno disciplinare tali aspetti legati all'utilizzo della moneta elettronica al fine di scongiurare il pericolo di incontrollabilità che può assumere tale strumento di pagamento.

L'ultima disposizione da citare in questa sede è l'art. 19 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori<sup>108</sup>, applicabile a tutti i mezzi di pagamento descritti finora. L'enunciato infatti vieta al professionista di imporre al consumatore tariffe per l'utilizzo di determinati strumenti di pagamento che superino quelle sostenute dal professionista stesso. In questo modo si impedisce al venditore di lucrare sulle commissioni applicate ai vari metodi di pagamento.

Traendo le conclusioni, a parere dello scrivente il problema principale nel settore dei pagamenti che costituisce, come si è visto, un forte ostacolo allo sviluppo del commercio elettronico, è quello

---

<sup>107</sup> Op. cit., spec. art. 11

<sup>108</sup> Op. cit.

della sicurezza percepita dal consumatore nei confronti delle modalità di pagamento. Senza negare il problema della privacy, considerato comunemente il bisogno essenziale del navigante nonché il vero elemento di novità della rete internet, anche se al consumatore interessa maggiormente sapere che il pagamento è andato a buon fine e la sua carta non è stata clonata ad esempio, piuttosto che rimanga segreta la circostanza di aver acquistato un cappello. Il profilo della privacy riveste una maggiore utilità in altri ambiti di utilizzo della rete internet, come l'editoria per citarne uno, ove mantenere l'anonimato per colui che si accinge a pubblicare un articolo di denuncia riveste un'importanza capitale.

Corretto quindi che le istituzioni dell'Unione abbiano posto l'attenzione sulla sicurezza nell'ambito della creazione dell'Area unica dei pagamenti europei ("AUPE") che sarà l'oggetto della trattazione nel prossimo paragrafo.

### 3.1.1. L'Area unica dei pagamenti europei (AUPE)

L'Area unica dei pagamenti europei è un progetto autoregolato, istituito e gestito dal settore bancario europeo, tramite il Consiglio europeo per i pagamenti e l'appoggio della Banca Centrale Europea e della Commissione<sup>109</sup>. L'AUPE è stata istituita al fine di creare all'interno dell'UE il più grande mercato integrato dei pagamenti elettronici al dettaglio del mondo, senza distinzioni tra pagamenti in euro o meno, nazionali o transfrontalieri. I pagamenti al dettaglio sono tutte le operazioni di pagamento che non avvengono tra due banche. Il livello di integrazione raggiunto dai vari mezzi di pagamento varia molto da uno all'altro. Infatti i bonifici e gli

---

<sup>109</sup> I. PICCIANO, op. cit.

addebiti diretti sono gli unici sistemi di pagamento per i quali l'AUPE ha introdotto sistemi di pagamento paneuropei specifici, come il bonifico e l'addebito diretto AUPE.

Nonostante sia il mezzo di pagamento più diffuso, lungi dall'essere completata è l'integrazione del mercato europeo delle carte di pagamento: i costi per consumatori e commercianti è diminuito in maniera esigua negli ultimi dieci anni, i sistemi nazionali di carte di addebito spesso non sono accettati al di fuori dello Stato membro di origine e l'utilizzo fraudolento di esse è un fenomeno in costante aumento soprattutto per le transazioni a distanza.

In data 11 gennaio 2012 quindi, la commissione ha pubblicato il Libro Verde intitolato "Verso un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile<sup>110</sup>", individuando cinque possibili modi per stimolare l'integrazione dei sistemi di pagamento tramite carte, internet e telefono mobile.

Il primo modo consiste nel tentare di limitare la frammentazione del mercato e nel facilitare l'accesso ad esso. Un primo possibile intervento in questo senso è costituito dalla riduzione della grande varietà delle commissioni interbancarie multilaterali, foriere di distorsioni del mercato unico e strumento di ostacolo all'ingresso in esso di sistemi di pagamento a basso costo. Occorrerebbe poi stimolare l'*acquiring* transfrontaliero. Con tale espressione si vuole identificare la situazione in cui un commerciante si avvale dei servizi di un prestatore di servizi di pagamento (*acquirer*) residente in un altro paese. Questa situazione genera due benefici: innanzitutto accresce la concorrenza tra prestatori di servizio di pagamento che operano nell'Unione causando l'abbattimento dei costi di commissione e inoltre consente ad imprese operanti nel territorio di

---

<sup>110</sup> Libro Verde della Commissione, 11 gennaio 2012, doc. COM (2011) 941 definitivo

più Stati membri di designare un unico *acquirer* in modo da aumentare l'efficienza amministrativa.

L'utilizzo di questa possibilità offerta dal mercato viene ostacolato da una serie di fattori come la varietà di standard tecnici adottati e le disposizioni disciplinanti il regime delle carte internazionali, che rendono gli accordi meno interessanti per i commercianti.

L'ultimo aspetto rivolto all'integrazione del mercato dei pagamenti riguarda il ricorso alle carte multiple, ossia quelle carte su cui sono apposti contemporaneamente più marchi di diverse società di pagamento. Occorre stabilire quali siano i benefici e gli svantaggi apportati dall'utilizzo di tale carta ed evitare che venga introdotto un loro uso tendente a limitare o ad influenzare indebitamente la scelta del marchio o dello strumento di pagamento.

Il secondo modo per stimolare l'integrazione dei sistemi di pagamento viene identificato dalla Commissione nell'innalzamento del livello di trasparenza ed efficienza dei costi dei servizi di pagamento. Poiché il consumatore ignora il costo reale di tale servizio o tutt'al più conosce solo i costi a suo carico e non quelli sopportati dal commerciante, tutto ciò si traduce in una scelta in base alla praticità o ai vantaggi che apporta unicamente a se stesso, scelta che solitamente non è quella migliore in termine di costi reali per l'economia.

Un'altra possibilità sarebbe quella di permettere al commerciante di promuovere l'uso degli strumenti più efficienti facendo ricorso a sconti, maggiorazioni delle tariffe e altre pratiche di orientamento della scelta del cliente; nonché l'idea di conferire maggiore potere contrattuale ai commercianti nei negoziati con gli *acquirer* per spuntare tariffe migliori. Tutto ciò, unito ad una maggiore capacità di influenzare le scelte dei consumatori da parte dei commercianti, permetterebbe di ridurre i costi delle carte di pagamento per



l'economia, nonché di stimolare la concorrenza tra prestatori di servizi di pagamento.

Il terzo modo per favorire l'integrazione dei sistemi di pagamento è quello di uniformare le normative applicabili a protocolli, interfacce, applicazioni e servizi, fattore che consentirebbe agli utenti europei di giovare appieno della concorrenza, della libertà di scelta e di operazioni di pagamento più efficaci. Infatti l'assenza di una normativa comune restringe la scelta dei potenziali prestatori di servizi agli *acquirer* nazionali, obbliga i commercianti a mantenere diversi sistemi e protocolli di gestione dei dati, riducendo la possibilità di accentrare le operazioni e di conseguenza risparmiare sui costi, e sovente impedisce l'accettazione delle carte di credito all'estero.

Il Consiglio europeo per i pagamenti ha istituito un comitato misto che sta redigendo un documento riguardante la normazione delle carte AUP, al fine di armonizzare gli standard AUP e permettere che qualsiasi carta AUP possa funzionare in qualsiasi terminale AUP. Purtroppo, i risultati finora raggiunti sono molto limitati.

Il quarto modo ipotizzato dalla Commissione implica il perseguimento della completa interoperabilità tra i prestatori di servizi di pagamento, affinché ogni pagamento possa raggiungere qualunque beneficiario a prescindere dal metodo di pagamento utilizzato. Tutto ciò consentirebbe una maggiore efficienza e velocità delle transazioni.

L'ultimo modo per favorire l'integrazione dei sistemi di pagamento, nonché quello più importante, consiste nell'aumentare i requisiti di sicurezza dei pagamenti al dettaglio, obiettivo primario per i consumatori e per i commercianti al fine di prevenire le frodi. All'interno dell'UE, nonostante la sostituzione delle carte basate su firma e banda magnetica con carte dotate di microprocessore e PIN

abbia ridotto notevolmente le frodi nei punti vendita, continuano ad aumentare i casi di frode nei pagamenti via internet mediante carta di credito. La prima soluzione a questo problema è stata individuata nel sistema dell'autenticazione a due fattori, ossia l'utilizzo di un codice PIN associato ad un codice unico dell'operazione, ricevuto via sms o tramite un dispositivo di autenticazione chiamato *token*. Molte delle operazioni bancarie online utilizzano da tempo questa tecnologia. Una seconda possibile soluzione è quella di far sì che il numero di soggetti aventi accesso ai dati di autenticazione durante o dopo una transazione sia limitato a quello strettamente necessario al compimento dell'operazione di pagamento.

Come spesso accade in chiusura di paragrafo, è opportuno fare la considerazione che solo il tempo ci dirà se le idee della Commissione contenute nel presente libro verde saranno ascoltate o rimarranno lettera morta.

Nel prossimo paragrafo merita un cenno la questione del regime fiscale applicabile alle vendite online transfrontaliere tra Stati membri.

### 3.1.2. Profili fiscali delle vendite transfrontaliere online

L'introduzione della rete nello scenario del commercio transfrontaliero ha stravolto anche la materia fiscale. La dematerializzazione e la delocalizzazione che caratterizzano il commercio elettronico determinano una difficoltà normativa per gli Stati, che vedono come il catalogo delle tradizionali norme di diritto

tributario risulti sempre più inadeguato a disciplinare questo nuovo settore<sup>111</sup>.

Anche nel diritto tributario, le soluzioni prospettate sono di due tipi: la prima fa capo all'idea che sia necessario, date le peculiarità del commercio elettronico, creare una normativa ad hoc oppure modificare profondamente la normativa esistente, la seconda ritiene invece che sia sufficiente utilizzare la normativa consolidata, alternativa di più facile applicazione nonché la più certa in quanto garantirebbe un trattamento uguale ad operazioni giuridiche uguali. Il commercio elettronico solleva le principali problematiche nell'ambito delle imposte dirette, rischiando di rendere incerto il principio cardine della sovranità fiscale nazionale. Questo concetto si riferisce infatti in primo luogo ad un ambito spaziale, in quanto il territorio dello Stato costituisce il suo limite geografico, ma che si estende anche ad atti o fatti giuridici che avvengono al di fuori di esso in virtù di collegamenti con il territorio. Queste considerazioni hanno spinto gli Stati ad elaborare criteri impositivi basati sulla territorialità, cittadinanza e residenza.

L'e-commerce tuttavia è transnazionale così come lo è Internet stesso; di conseguenza rende estremamente arduo rintracciare le fattispecie produttive di reddito. Inoltre le sue strutture sono immateriali, rendendo inapplicabile qualsiasi criterio tradizionale volto ad individuare la sede degli affari e il reddito attribuibile ad essa.

Il problema fondamentale risulta essere la possibilità di applicare il prelievo fiscale a quei soggetti che esercitano attività produttive di reddito attraverso la rete, siano essi residenti o meno nello Stato titolare della potestà fiscale. Per far ciò occorre in primo luogo

---

<sup>111</sup> G. CORASANITI, *Profili fiscali del commercio elettronico*, in *Diritto e pratica tributaria*, I 2003, p. 607 e ss.

individuare i soggetti coinvolti negli scambi commerciali, ma, anche per le considerazioni fatte nel corso della presente trattazione, è noto che il *domain name* o l'indirizzo di posta elettronica non possono considerarsi informazioni attendibili.

La direttiva 2000/31/CE detta sul commercio elettronico<sup>112</sup>, riconduce ai servizi della società dell'informazione i caratteri di un'attività che, in quanto tale, è produttiva di reddito.

Ove i rapporti tra Stati siano regolati da norme convenzionali finalizzate ad evitare la doppia imposizione fiscale, occorre fare riferimento all'art. 7 del Modello di Convenzione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) che recita: "Gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili solo in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata<sup>113</sup>."

Quindi, riferendoci al commercio elettronico e in particolare al caso di un'impresa che offre beni in uno Stato in cui non è residente, ma è presente in esso attraverso un sito web ospitato da un server<sup>114</sup> collocato sul territorio di quello Stato, occorre stabilire quando una società che opera in Stati diversi dal proprio realizza una stabile organizzazione, dato che è questa la condizione per la quale l'azienda può essere tassata dallo Stato verso cui rivolge la propria offerta commerciale.

Un primo elemento che può integrare il requisito di stabile organizzazione è il sito web che appare sullo schermo dei consumatori dello Stato verso cui il professionista rivolge la propria

---

<sup>112</sup> Op. cit.

<sup>113</sup> Model convention OCSE, Convention between (State A) and (State B) with respect to taxes on income and on capital, spec. art. 7

<sup>114</sup> Il server è un computer che fornisce un servizio ad altri computer detti client in una rete

offerta commerciale. Ma la pagina web, mobile e soggetta a modificazioni, non rispetta il requisito della fissità. Inoltre il sito si limita a fornire informazioni. In sintesi, il solo sito web non costituisce stabile organizzazione materiale dell'impresa non residente.

Un secondo elemento che è stato preso in considerazione è il *server*. Si ritiene che esso possa costituire stabile organizzazione quando si trovi nella piena disponibilità dell'impresa non residente, sia caratterizzato dalla fissità, connesso con l'esercizio normale dell'impresa e idoneo a produrre reddito. Inoltre non costituisce stabile organizzazione l'espletamento di funzioni di vendita realizzata unicamente mediante macchinari elettronici.

Per quanto riguarda l' *Internet Service Provider* (ISP), ultimo elemento preso in considerazione, trattandosi di un'impresa che offre a terzi il servizio di connessione in rete e la memorizzazione del sito web grazie ad un server proprio o di proprietà del *provider* stesso, esso non può dare luogo a stabile organizzazione in quanto le attrezzature del provider non sono di proprietà dell'impresa che se ne serve né a totale disposizione della stessa.

Quanto fin qui detto vuole essere un semplice accenno delle problematiche fiscali sollevate dal commercio elettronico. Al fine della trattazione, si è ritenuto necessario toccare l'argomento poiché, come sostenuto anche dalla Commissione, è necessario che: " i sistemi fiscali forniscano certezza legale e neutralità dell'imposta, in modo di assicurare trasparenza di obblighi e non ostacolare lo sviluppo di questo nuovo tipo di commercio rispetto a quello tradizionale<sup>115</sup>."

---

<sup>115</sup> G. CORASANITI, op. cit., spec. p. 610

Infatti l'applicazione di regimi fiscali differenti causati da un mancato intervento normativo generale della materia da parte dell'Unione, può causare una distorsione alla concorrenza che danneggerebbe il commercio elettronico.

Adempiuto da parte del consumatore l'obbligo di pagare, permane a carico del professionista l'obbligo di consegna della merce oggetto di compravendita, argomento del prossimo paragrafo.

### 3.2. Consegna della merce

Il legislatore comunitario, sin dalla direttiva 97/7/CE<sup>116</sup>, si è preoccupato di fissare un termine per l'adempimento del contratto da parte del fornitore, che si realizza mediante la consegna della merce oggetto di compravendita al consumatore. Tale termine, fissato in 30 giorni, nella proposta di direttiva 93/C 308/02<sup>117</sup> aveva come dies a quo il momento in cui il fornitore riceve l'ordinazione. Per evitare il pericolo di incertezza collegato con l'onere di conoscenza, da parte del consumatore, del momento in cui un fatto inerente alla sfera di controllo della controparte si fosse avverato<sup>118</sup>, il testo finale della direttiva recita: "Salvo diverso accordo tra le parti, il fornitore deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al fornitore<sup>119</sup>." In questo modo, il consumatore potrà facilmente conoscere il momento in cui inizia a

---

<sup>116</sup> Op. cit.

<sup>117</sup> *Proposta modificata di direttiva del Consiglio riguardante la tutela dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza n. 93/C 308/02*, in G.U.C.E. del 15/11/93

<sup>118</sup> F. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 843 e ss.

<sup>119</sup> Op. cit., spec. art. 7, paragrafo 1

decorrere a carico del professionista l'obbligo di consegna, dato che egli stesso ha compiuto la trasmissione dell'ordine.

Secondo Regoli<sup>120</sup>, non è chiara quale sia la conseguenza collegata al mancato rispetto di questo termine, dato che la direttiva si limita a disporre che: "In caso di mancata esecuzione del contratto da parte di un fornitore, dovuta alla mancanza di disponibilità del bene o del servizio richiesto, il consumatore ne deve essere informato e deve potere essere rimborsato quanto prima delle somme eventualmente pagate ed in ogni caso entro trenta giorni<sup>121</sup>."

Innanzitutto, poco opportuno appare l'esclusivo riferimento alle ipotesi di indisponibilità del bene, che sicuramente non esaurisce i casi di mancata esecuzione del contratto da parte del professionista. Inoltre, l'enunciato: "il consumatore ne deve essere informato" non chiarisce quale sia il quid che il venditore deve portare a conoscenza del compratore, anche se appare logico identificarlo nel motivo che ha causato la mancata esecuzione del contratto, dato che il consumatore si sarà reso conto della circostanza che il fornitore non ha adempiuto.

A questo punto il compratore acquisirà il diritto di sciogliersi dal vincolo contrattuale e il venditore sarà obbligato a restituire le somme percepite: "quanto prima [...] ed in ogni caso entro trenta giorni." Anche in questo caso la direttiva non indica quale sia il momento dal quale questo termine decorre (scadenza del termine entro il quale il professionista avrebbe dovuto adempiere, data della comunicazione al consumatore del motivo della mancata esecuzione o data di esercizio del diritto di quest'ultimo di sciogliere il vincolo contrattuale).

---

<sup>120</sup> F. A. REGOLI, *La Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei "contratti a distanza"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 832 e ss.

<sup>121</sup> Op. cit., spec. art 7, paragrafo 2

Il terzo e ultimo paragrafo dell'articolo 7 afferma che:” [...] gli Stati membri possono prevedere che il fornitore possa consegnare al consumatore un bene o un servizio di qualità e prezzo equivalenti, qualora sia stata prevista questa possibilità prima della conclusione del contratto, o nel contratto. Il consumatore deve essere informato di tale possibilità in modo chiaro e comprensibile. Le spese di rinvio conseguenti all'esercizio del diritto di recesso sono, in questo caso, a carico del fornitore ed il consumatore deve esserne informato<sup>122</sup>.”

La prima criticità della disposizione in questione è costituita dal riferimento ad un bene equivalente nella qualità e nel prezzo e non, come sarebbe stato opportuno, nella natura o identità, formulazione che presta il fianco a possibili abusi da parte del fornitore.

Inoltre, la contrapposizione tra la locuzione “prima del contratto” e “nel contratto”, consente al professionista di sostituire il bene non solo previa specifica previsione contrattuale, ma anche dopo una semplice ipotesi avanzata durante la trattativa che non sia poi stata recepita nel testo del contratto. In tal caso, sarebbe stato più corretto dare al consumatore la possibilità di recedere dal contratto, rifiutando il bene sostitutivo.

La direttiva 2011/83/UE<sup>123</sup>, abrogando la direttiva precedente, ridisciplina l'obbligo di consegna a carico del venditore. Poiché il tema dell'armonizzazione delle norme nazionali relative ai tempi di consegna è stato oggetto di notevoli attenzioni da parte del Parlamento Europeo, ritenuto foriero di numerose controversie tra

---

<sup>122</sup> Op. cit., spec. art. 7 paragrafo 3

<sup>123</sup> Op. cit.,



professionisti e consumatori<sup>124</sup>, l'art. 18 della direttiva pone l'attenzione proprio su tale aspetto.

Il primo comma dispone così: "Salvo che le parti abbiano concordato altrimenti in merito ai tempi di consegna, il professionista consegna i beni mediante il trasferimento del possesso o del controllo fisico dei beni al consumatore senza indebito ritardo e comunque non oltre trenta giorni dalla conclusione del contratto<sup>125</sup>."

L'unica innovazione apportata alla normativa precedente risiede nella previsione che obbliga il professionista a consegnare il bene "senza indebito ritardo", ovvero il prima possibile. Solo nel caso in cui ciò non sia possibile è da ritenersi applicabile il limite ultimo dei trenta giorni decorrenti dalla conclusione del contratto.

La seconda parte del comma 2 però precisa che : " Il primo comma non si applica ai contratti di vendita qualora il professionista abbia rifiutato di consegnare i beni o qualora la consegna entro il periodo di consegna convenuto sia essenziale, tenuto conto di tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto, o qualora il consumatore informi il professionista, prima della conclusione del contratto, che la consegna entro o ad una data determinata è essenziale. In tali casi, se il professionista omette di consegnare i beni al momento concordato con il consumatore o entro il termine di cui al paragrafo 1, il consumatore ha diritto alla risoluzione del contratto ipso iure<sup>126</sup>."

Il termine ultimo contenuto nel primo comma di trenta giorni non si applica quindi quando:

- Il professionista rifiuta espressamente di consegnare i beni

---

<sup>124</sup> I. PICCIANO, *Il Parlamento Europeo approva nuove norme comunitarie per gli acquisti on-line*, in *I Contratti*, 11/2011, p. 1060 e ss.

<sup>125</sup> Op. cit., spec. art. 18 comma 1

<sup>126</sup> Op. cit., spec. art 18 comma 2

- Il termine di consegna convenuto sia essenziale per le caratteristiche peculiari della vendita (ad esempio, consegna di abito nuziale prima delle nozze, come indicato dal considerando 52 della direttiva) o nel caso in cui il termine viene esplicitamente dichiarato essenziale dal consumatore prima della conclusione del contratto.

Non può non accogliersi con favore questa specificazione, in quanto chiarisce e risolve anticipatamente eventuali controversie che sorgevano in passato.

Mentre la direttiva 97/7/CE, allo spirare del termine dei trenta giorni, faceva immediatamente sorgere in capo al consumatore il diritto di sciogliere il vincolo contrattuale con conseguente restituzione delle somme pagate, la direttiva 2011/83/UE prevede un termine supplementare che deve essere concesso dal compratore al professionista:” Se il professionista non adempie all’obbligo di consegna dei beni al termine concordato con il consumatore o entro il termine di cui al paragrafo 1, il consumatore lo invita ad effettuare la consegna entro un termine supplementare appropriato alle circostanze. Se il professionista non consegna i beni entro detto termine supplementare, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto<sup>127</sup>.”

Non si comprende la motivazione che ha spinto il legislatore dell’Unione ad inserire nel testo una disposizione così spiccatamente a favore del contraente forte, che lo tutela anche nel caso in cui non abbia ottemperato all’obbligo di consegnare l’oggetto nel termine, già di per sé generoso per la velocità del mondo contemporaneo, di trenta giorni dalla stipulazione del contratto.

---

<sup>127</sup> Op. cit.

Fortunatamente non è più prevista la possibilità per il professionista di consegnare un bene equivalente a quello oggetto di compravendita.

Il terzo comma dell'art. 18 ribadisce senza innovare che a seguito della risoluzione il venditore deve rimborsare al consumatore tutte le somme pagate da esso in esecuzione del contratto.

Infine il quarto comma introduce la facoltà a beneficio del consumatore di avvalersi di altri rimedi previsti dalla legislazione nazionale in alternativa alla risoluzione del contratto enunciata al comma 2. In questo modo il compratore potrebbe ad esempio, secondo la normativa italiana, proporre un'azione al fine di ottenere il risarcimento dei danni causati dalla mancata o tardiva consegna della merce.

L'ultimo articolo di questa direttiva che occorre prendere in considerazione in questa sede è l'art 20 che disciplina la materia del passaggio del rischio. Anche questa tematica necessitava una regolamentazione, da più parti invocata, poiché numerose erano le controversie che sorgevano in assenza di una normativa chiara e precisa. L'articolo esordisce così: " Nei contratti in cui il professionista spedisce i beni al consumatore, il rischio di perdita o danneggiamento dei beni è trasferito al consumatore quando quest'ultimo, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, acquisisce il possesso fisico dei beni<sup>128</sup>."

Tale disposizione è molto chiara e non lascia spazio a dubbi di sorta e consente al consumatore di designare un terzo al quale verranno consegnati i beni. Nel caso in cui il bene venga danneggiato o smarrito prima della consegna al compratore, il professionista si rivarrà sul vettore.

---

<sup>128</sup> Op. cit., spec. art. 20

L'articolo prosegue:” Tuttavia, il rischio è trasferito al consumatore al momento della consegna al vettore, se il consumatore ha incaricato il vettore del trasporto dei beni e il vettore scelto non è stato proposto dal professionista, fatti salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore<sup>129</sup>.”

Dalla lettura di questo enunciato, possono ricavarsi due regole, una esplicita ed una implicita: la prima esplicita è che, se il consumatore sceglie il vettore senza che questo sia stato proposto dal venditore, il rischio passa al consumatore dal momento in cui il bene viene consegnato al vettore per il trasporto e non al momento della sua ricezione materiale; la seconda, implicita, consiste nella regola che nel caso in cui il consumatore scelga il vettore tra una rosa di possibilità proposte dallo stesso professionista, il passaggio del rischio segue la regola tradizionale, collocandosi a carico del venditore fino al momento della consegna del bene al consumatore da parte del vettore.

Senza la pretesa di fornire un quadro completo ed esaustivo, si vuole in questa sede accennare brevemente alle tendenze nel settore dei trasporti dell'Unione Europea, che hanno portato alla creazione dei cosiddetti corridoi paneuropei. Essi vanno intesi come degli assi prioritari<sup>130</sup> che attraversano l'intero continente europeo, realizzati per creare tra tutti gli Stati membri una circolazione effettiva di prodotti, servizi e persone. Per la crescente globalizzazione, è forte l'esigenza per gli Stati di accedere a linee di comunicazione che inseriscano il paese nella rete dei traffici globali, poiché il costo e il tempo del trasporto incidono sul prezzo finale e si rivelano fattori di concorrenza.

---

<sup>129</sup> Op. cit.

<sup>130</sup> S. CAFARO, *I corridoi paneuropei dei trasporti: una combinazione di diritto internazionale e di diritto comunitario per "collegare" il continente*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4/2003, p. 711 e ss.

L'Unione Europea in questo settore esplica la propria attività lungo tre direttive principali: proposizione e partecipazione alla realizzazione di grandi assi infrastrutturali, nonché il mantenimento di quelli esistenti, predisposizione del quadro normativo tramite accordi multilaterali e supporto alla stabilità politica affinché essi possano trovare applicazione.

Le fonti di finanziamento per attuare tali programmi provengono principalmente dalla Banca europea degli investimenti (BEI).

Il quadro giuridico in questo settore è formato dalle dichiarazioni prodotte a seguito delle Conferenze paneuropee dei Ministri dei Trasporti (CEMT). Queste dichiarazioni sono tipici atti di *soft law* che basano la loro efficacia sull'elevato livello di rappresentatività degli organi emananti e alla loro modalità deliberativa per consensus.

Il progetto a lungo termine delle istituzioni dell'Unione è quello di creare una rete di trasporti a livello mondiale, ben al di là quindi dei confini comunitari.

## **Capitolo quarto**

### **Problematiche eventuali della compravendita**

#### **4.1. Difetto di conformità**

Nello studio delle varie fasi della compravendita online, si è oramai giunti alla fase post-vendita, dato che l'oggetto è stato consegnato al consumatore. Il percorso da qui in avanti non sarà più caratterizzato dalle tappe necessarie e predeterminate in cui si esplica la vendita, in quanto si affronteranno situazioni che attengono all'aspetto "patologico" del rapporto contrattuale che in concreto, nella normalità dei casi, non pervengono ad esistenza.

Oggetto specifico della trattazione in questo paragrafo è il difetto di conformità, aspetto che nelle vendite transfrontaliere online assume un'importanza fondamentale, data la considerazione svolta anche in precedenza che il consumatore non ha un contatto diretto con la merce.

Il testo normativo che disciplina la materia è la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo<sup>131</sup>, che, al considerando 6, identifica nella non conformità dei beni a quanto stabilito nel contratto la principale fonte di conflitti tra venditori e consumatori.

All'articolo 1 la direttiva chiarisce l'obiettivo di ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri :” al fine di garantire un livello minimo uniforme di tutela dei consumatori nel quadro del mercato interno<sup>132</sup>.”

Essendo la direttiva applicabile alla vendita di beni di consumo, occorre chiarire cosa si intenda appunto per questo tipo di beni. Dal disposto del comma 2 dell'articolo 1 si evince che sono beni di consumo tutti i beni mobili materiali, eccetto alcune forniture come acqua, luce e gas, nonché i beni venduti dalle autorità giudiziarie.

L'articolo 2 primo comma statuisce esplicitamente l'obbligo per il venditore di consegnare beni conformi al contratto di vendita.

Il secondo comma esordisce così:” Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se...<sup>133</sup>”. Si introduce quindi una presunzione relativa di conformità a favore del professionista; infatti se l'oggetto risponde ai requisiti richiesti dal successivo elenco che verrà analizzato più avanti, si presume che sia conforme al contratto

---

<sup>131</sup> *Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in G.U.C.E. del 7/7/1999

<sup>132</sup> Op. cit., spec. art 1

<sup>133</sup> Ivi, spec. art 2 comma 2

di vendita, con la possibilità riservata al consumatore di dimostrare il contrario. I beni quindi si presume che siano conformi se:”

- a) Sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;
- b) Sono idonei ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato;
- c) Sono idonei all’uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
- d) Presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull’etichettatura<sup>134</sup>.”

Inoltre, il comma 5 prevede due casi particolari di difetto di conformità, disponendo che:” Il difetto di conformità che deriva dall’imperfetta installazione del bene di consumo è equiparato al difetto di conformità del bene quando l’installazione fa parte del contratto di vendita del bene ed è stata effettuata dal venditore o sotto la sua responsabilità. Tale disposizione si applica anche nel caso in cui il prodotto, concepito per essere installato dal consumatore, sia installato dal consumatore in modo non corretto a causa di una carenza delle istruzioni di installazione<sup>135</sup>.” L’ultimo enunciato, negli ultimi anni, è stato rinominato “clausola *Ikea*”,

---

<sup>134</sup> Op. cit.

<sup>135</sup> Ivi, spec. art 2 comma 5

proprio per l'attitudine del testo ad essere applicato alla particolare modalità di vendita della nota azienda svedese, produttrice di articoli di arredamento smontati che il consumatore deve montare a domicilio seguendo le istruzioni fornite.

Il comma 3 dell'articolo analizzato stabilisce che, in ogni caso, anche se i beni non sono oggettivamente conformi ai requisiti di cui al secondo comma, il consumatore non può richiedere i rimedi per il difetto di conformità se, al momento della conclusione del contratto, conosceva la non conformità dei beni o essa è stata determinata da materiali forniti dal consumatore stesso.

Il successivo articolo 3 della direttiva, dopo aver sancito al primo comma che il venditore risponde di qualunque difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene, elenca i rimedi esperibili dal consumatore nel caso in cui appunto il bene non sia conforme, ordinandoli secondo un criterio gerarchico piuttosto complesso<sup>136</sup>.

In primo luogo, a norma del comma 3, il consumatore può chiedere a sua scelta che il bene venga riparato o sostituito senza alcuna spesa a suo carico, a meno che ciò non sia impossibile o sproporzionato. Il rimedio è da considerarsi sproporzionato se impone al venditore delle spese irragionevoli, tenuto conto:"

- Del valore che il bene avrebbe se non vi fosse il difetto di conformità;
- Dell'entità del difetto di conformità;
- Dell'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore<sup>137</sup>."

---

<sup>136</sup> R. INCARDONA, *Direttiva 1999/44/CE e la sua adozione: i consumatori europei sono più garantiti?*, in *Altalex*, articolo 22/10/2004

<sup>137</sup> Op. cit., spec. art 3 comma 3



In ogni caso, sia la riparazione che la sostituzione devono avvenire entro un non meglio precisato lasso di tempo ragionevole e senza inconvenienti eccessivi per il consumatore, considerati lo scopo e la natura del bene.

Soltanto nel caso in cui, come riportato al comma 5:"

- [...] il consumatore non ha diritto alla ripartizione né alla sostituzione o
- [...] il venditore non ha esperito il rimedio entro un periodo ragionevole ovvero
- [...] il venditore non ha esperito il rimedio senza notevoli inconvenienti per il consumatore<sup>138</sup>,"

il consumatore può, a sua scelta, optare per la riduzione del prezzo o per la risoluzione del contratto. Inoltre, un difetto di conformità minore non consente al consumatore di chiedere la risoluzione del contratto. Quest'ultima disposizione suscita qualche perplessità, in quanto non è chiaro cosa debba intendersi con difetto di conformità minore, lasciando così un eccessivo margine di interpretazione al legislatore in sede di emanazione della normativa di recepimento della direttiva.

La preferenza accordata alla sostituzione e alla riparazione del bene non conforme e il conseguente ricorso limitato alla risoluzione del contratto e alla riduzione del prezzo appaiono limitare fortemente la libertà del consumatore di scegliere il rimedio più appropriato. Eppure la gerarchia fissata tra i vari rimedi è stata da più parti oggetto di apprezzamento, in quanto bilancia le esigenze dei consumatori con quelle del commercio<sup>139</sup>.

L'articolo 4 istituisce il diritto di regresso a favore del venditore. Quest'ultimo, essendo raramente responsabile della mancata

---

<sup>138</sup> Ivi, spec., art 3 comma 5

<sup>139</sup> R. INCARDONA, op. cit.

conformità dei beni al contratto, deve potersi rivalere nei confronti del reale responsabile del difetto. L'articolo concede appunto al venditore il diritto di regresso nei confronti del precedente venditore nella stessa catena contrattuale o di qualsiasi altro intermediario, lasciando però alla discrezionalità dei legislatori degli Stati membri l'identificazione dei soggetti contro i quali il soggetto può far valere il suo diritto, nonché le modalità e le azioni con cui esercitarlo. Tutto ciò porta ad un quadro normativo del diritto di regresso frammentato e incerto.

L'articolo 5 regola il termine della responsabilità del venditore per difetto di conformità che è di due anni dalla consegna del bene al consumatore. La direttiva precisa che, nel caso in cui le legislazioni nazionali prevedano la prescrizione per l'esercizio delle azioni avverso il venditore per difetto di conformità, essa non può intervenire prima del termine di due anni dalla consegna.

Agli Stati membri è concessa la facoltà di prevedere che il consumatore, a pena di decadenza dal diritto, debba denunciare al venditore il difetto di conformità entro due mesi dalla data in cui abbia constatato il difetto.

La libertà concessa agli Stati di prevedere un termine di prescrizione, che può variare da stato a stato, e di decadenza, frustra il raggiungimento degli obiettivi previsti dalla direttiva, in quanto favorisce il germogliare di profili di incertezza riguardo alla normativa applicabile.

Sebbene l'onere della prova del difetto di conformità sia solitamente a carico del consumatore, il terzo comma dell'articolo in analisi introduce il principio che i difetti di conformità manifestantisi entro sei mesi dalla consegna del bene si presumono esistenti fin da tale data, a meno che ciò sia incompatibile con la natura del bene o del difetto.

La direttiva, all'articolo 6, riconosce la pratica di produttori e venditori di offrire ai consumatori delle garanzie in aggiunta ai diritti spettanti per legge, ma non richiede al garante di offrire una garanzia più ampia di quella legale.

La garanzia, all'articolo 1, viene definita come: "qualsiasi impegno di un venditore o di un produttore, assunto nei confronti del consumatore senza costi supplementari, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare o intervenire altrimenti sul bene di consumo, qualora esso non corrisponda alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità<sup>140</sup>."

All'articolo 6, comma 2 e 3, vengono fissati i requisiti che deve presentare la garanzia, ovvero:

- Indicare che il consumatore è titolare di diritti secondo la legislazione nazionale applicabile disciplinante la vendita dei beni di consumo e specificare che la garanzia lascia impregiudicati tali diritti;
- Indicare in modo chiaro e comprensibile l'oggetto della garanzia e gli elementi necessari per farla valere, segnatamente la durata e l'estensione territoriale della garanzia, nonché il nome e l'indirizzo di chi la presta.

A richiesta del consumatore, la garanzia deve essere disponibile per iscritto o su un altro supporto duraturo, a sua disposizione e a lui accessibile<sup>141</sup>."

A chiusura della disciplina delle garanzie, al comma 5 viene previsto che, qualora non siano presenti nella garanzia le indicazioni prescritte dai commi precedenti, essa rimane comunque valida ed utilizzabile dal consumatore. Quest'ultima previsione non può che essere accolta con favore dato che, a differenza di altre disposizioni,

---

<sup>140</sup> Op. cit., spec. art 1 comma 2

<sup>141</sup> Ivi, spec. art 6 comma 2 e 3

pone a carico del professionista il mancato espletamento delle formalità previste per la garanzia, mentre il consumatore sarà comunque dotato di una garanzia valida e liberamente utilizzabile. La direttiva appare nel complesso il risultato del bilanciamento operato tra la tutela dei consumatori, il rafforzamento del mercato interno e la non distorsione della concorrenza tra gli Stati membri. Nondimeno, ha introdotto una disciplina valida per tutto il territorio dell'UE di due istituti come il difetto di conformità e la garanzia legale che incrementano la fiducia dei consumatori riposta negli acquisti transfrontalieri. Tuttavia, come accade per tutti i testi normativi di armonizzazione minima, la libertà lasciata agli Stati membri nel recepimento della direttiva potrebbe creare dei profili di differenziazione tra le normative nazionali, conseguenza importante se si considera che l'obiettivo principale era proprio il ravvicinamento delle varie legislazioni.

#### 4.2. Recesso

Il considerando 14 della direttiva 97/7/CE<sup>142</sup> evidenzia l'opportunità di introdurre un diritto di recesso a favore del consumatore, dato che nelle vendite transfrontaliere online il consumatore non ha in concreto la possibilità di visionare il bene prima dell'acquisto. Così, all'articolo 6 della direttiva viene introdotto il diritto di recesso con questa formulazione: " Per qualunque contratto negoziato a distanza il consumatore ha diritto di recedere entro un termine di almeno sette giorni lavorativi senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo. Le uniche spese eventualmente a carico del

---

<sup>142</sup> Op. cit.

consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente<sup>143</sup>."

Appare da sottolineare la previsione che il consumatore non è tenuto a specificare il motivo del recesso, ben potendo recedere dunque per qualunque motivo.

Il termine dei sette giorni lavorativi per l'esercizio di questo diritto decorre dal giorno del ricevimento del bene da parte del consumatore.

Nel caso però in cui il venditore non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione su supporto duraturo<sup>144</sup> di cui all'articolo 5 della direttiva, il termine aumenta a tre mesi, che decorrono ugualmente dalla consegna della merce al consumatore.

Se le informazioni di cui all'articolo 5 vengono fornite al consumatore dopo la consegna dei beni ma entro i tre mesi, ritorna a decorrere il termine standard di sette giorni, che decorrerà questa volta dal ricevimento delle informazioni su supporto durevole da parte del compratore.

Il comma 2 dell'articolo 6 sul diritto di recesso stabilisce che:" se il diritto di recesso è stato esercitato dal consumatore conformemente al presente articolo, il fornitore è tenuto al rimborso delle somme versate dal consumatore, che dovrà avvenire gratuitamente. Le uniche spese eventualmente a carico del consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente. Tale rimborso deve avvenire nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni<sup>145</sup>."

---

<sup>143</sup> Ivi, spec. art 6 comma 1

<sup>144</sup> Vedi supra, paragrafo 2.2

<sup>145</sup> Op. cit., spec. art 6 comma 2

Il dispositivo della causa C 256/4 della Corte di giustizia<sup>146</sup> ha chiarito che l'articolo deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale preveda in modo generico che il venditore possa chiedere al consumatore un'indennità per l'uso di un bene acquistato tramite un contratto a distanza nel caso in cui quest'ultimo ha esercitato il suo diritto di recesso entro i termini. Tuttavia, la Corte precisa che l'articolo in esame non impedisce la possibilità che venga imposto al consumatore il pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in modo incompatibile con i principi del diritto civile comuni alle tradizioni giuridiche degli Stati membri, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della direttiva e, in particolare, l'efficacia e l'effettività del diritto di recesso.

Il comma 3 dell'articolo 6 precisa che il consumatore non può esercitare il diritto di recesso per i contratti di fornitura di beni confezionati su misura o evidentemente personalizzati, che per natura non possono essere rispediti o che rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente.

Infine il comma 4 dell'articolo in questione, disciplinando l'eventualità che il prezzo dell'acquisto del bene sia coperto da un credito concesso al consumatore dal fornitore o da terzi, stabilisce che se il compratore esercita il diritto di recesso conformemente al comma 1, il contratto di credito si risolve di diritto. Questa disposizione fa sì che il consumatore non si senta legato dal contratto di credito al momento della scelta se recedere o meno e rende quindi effettivo questo istituto.

---

<sup>146</sup> Cause riunite C-489/07 del 03/09/2009 , in G.U.U.E. del 24/10/2009, per testo integrale vedi [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

Il passo successivo da compiere per analizzare la disciplina del diritto di recesso è l'analisi della direttiva 2011/83/UE<sup>147</sup>. Questo testo contiene una regolamentazione molto più analitica e dettagliata della precedente direttiva, andando anche a tentare di correggere e colmare alcune lacune ed omissioni della direttiva 97/7/CE che infatti viene abrogata.

Al considerando 37 della direttiva 2011/83/UE è presente, oltre alla considerazione già contenuta nella precedente direttiva dell'impossibilità per il consumatore di visionare il bene prima dell'acquisto, l'idea che proprio per questa particolare circostanza debba essere data al compratore la possibilità di testare e ispezionare i beni che ha acquistato per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento.

Il considerando 40 afferma che i diversi termini di recesso tra Stati membri per i contratti a distanza sono causa di incertezza giuridica e di costi di adempimento. Il dato che emerge da tale riflessione è importante, in quanto si riconosce la permanenza di diversi termini di recesso all'interno dell'UE che comportano costi per i professionisti e generano incertezza e sfiducia nei consumatori, nonostante la precedente direttiva sia stata emanata nel "lontano" 1997. Quindi appare come una sorta di dichiarazione di parziale fallimento da parte delle istituzioni dell'Unione.

L'articolo 9 della presente direttiva è il primo che si occupa del diritto di recesso: "[...] il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza [...] senza dover fornire alcuna motivazione [...]"<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Op. cit.

<sup>148</sup> Ivi, spec. art 9 comma 1

Come si evince anche da una lettura superficiale, il termine per esercitare il diritto di recesso è raddoppiato, passando dai 7 giorni della direttiva 97/7/CE a 14 giorni.

Il secondo comma precisa il dies a quo della decorrenza del termine che, nel caso di contratti di vendita, scade 14 giorni dopo che il consumatore, o un terzo designato da esso diverso dal vettore, acquisisce il possesso fisico dei beni.

L'articolo però non si ferma qui, disciplinando altri tre tipi particolari di vendita:

- Nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, il termine dei 14 giorni inizia a decorrere dal momento in cui il consumatore o il terzo designato acquisiscono il possesso fisico dell'ultimo bene
- Nel caso di consegna di beni costituiti da lotti o pezzi multipli, il termine decorre dal momento in cui il consumatore o il terzo acquisiscono il possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo
- Infine, nel caso di contratti per la consegna periodica di beni in un determinato lasso di tempo, il termine decorre dall'acquisizione del possesso fisico da parte del consumatore o del terzo del primo bene.

Tuttavia, così come nella direttiva precedente, anche in questa il termine si allunga se non vengono soddisfatti dal professionista alcuni obblighi di informazione prima della conclusione della vendita. In particolare, a norma dell'articolo 10 della presente direttiva, se il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso di cui all'articolo 6 paragrafo 1



lettera h prima della conclusione del contratto<sup>149</sup>, il periodo di recesso scade dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale.

Al comma 2 si prevede che, se entro dodici mesi dalla consegna dei beni, il professionista adempie all'obbligo di informazione, il periodo di recesso scade quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni.

Due le differenze rispetto al testo della direttiva precedente: in primo luogo, non adempiere gli obblighi di informazione porta a conseguenze molto più gravi per il professionista, in quanto allunga il periodo di recesso di dodici mesi, (tre mesi nella testo normativo precedente), che decorrono, altra differenza, non direttamente dalla consegna dei beni ma dalla scadenza dei quattordici giorni standard previsti nel caso in cui l'obbligo di informazione sia adempiuto. Quindi precedentemente il consumatore godeva di un termine di sette giorni se era stato informato, prima della conclusione della compravendita, dell'esistenza del diritto di recesso, termine che si allungava a tre mesi se l'informazione non gli veniva trasmessa dal professionista. Attualmente il compratore gode di un termine di un termine raddoppiato di quattordici giorni, che diventano dodici mesi e quattordici giorni nella situazione patologica che si verifica quando l'obbligo di informazione resta inadempito. Inutile evidenziare il notevole passo in avanti mosso nella direzione di una maggiore tutela del contraente debole.

Il considerando 44 della direttiva afferma che le differenze esistenti tra le varie modalità di esercizio del diritto di recesso negli Stati membri causa costi supplementari ai professionisti che vendono a livello transfrontaliero e prospetta a tal fine l'introduzione di un

---

<sup>149</sup> Vedi supra, paragrafo 2.2

modulo tipo armonizzato di recesso che il consumatore possa utilizzare e che dovrebbe semplificare l'esercizio del diritto. Oltre a ciò, prosegue il considerando, al compratore dovrebbe essere lasciata la possibilità di recedere con parole proprie, sempre che la dichiarazione esprima la volontà di recedere in modo inequivocabile.

L'articolo 11 accoglie queste proposte mediante tale formulazione: "Prima della scadenza del periodo di recesso, il consumatore informa il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso dal contratto. A tal fine il consumatore può:

- a) Utilizzare il modulo tipo di recesso [...]
- b) Presentare una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto<sup>150</sup>."

Il considerando 45 della direttiva sostiene, data la circostanza che molti consumatori e professionisti preferiscono comunicare tramite il sito web di quest'ultimi, che dovrebbe essere data la possibilità al compratore di compilare il modulo di recesso tipo direttamente sul sito web del professionista.

Il comma 3 dell'articolo 11 così introduce questa opzione a favore del consumatore che può, non solo compilare il modulo tipo di recesso sul sito web del professionista, ma anche inviare qualsiasi altra dichiarazione esplicita, conformemente al primo comma lettera b dell'articolo in questione. In questo caso poi incombe sul venditore l'onere di inviare senza indugio una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole.

I commi 2 e 4 dell'articolo 11 precisano che il consumatore ha esercitato correttamente il proprio diritto di recesso se la comunicazione relativa all'esercizio di tale diritto è inviata da esso

---

<sup>150</sup> Op. cit., spec. art 11 comma 1

prima della scadenza del termine. L'onere della prova di aver esercitato il diritto di recesso conformemente alle modalità e ai termini prescritti dall'articolo stesso incombe sul consumatore.

L'articolo 13 si occupa di disciplinare analiticamente gli obblighi del professionista in caso di recesso. Innanzitutto è obbligato a rimborsare tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore senza ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è stato informato dell'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore a norma dell'articolo 11. Ricordiamo che nella direttiva precedente il termine ultimo entro il quale il professionista deve rimborsare i pagamenti al consumatore era di trenta giorni.

Il comma prosegue imponendo al venditore, nell'eseguire il rimborso, di utilizzare lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transizione iniziale, a meno che il compratore non abbia convenuto altrimenti e a condizione che egli non debba sostenere alcun costo a seguito del rimborso.

Al comma 2 si trova la precisazione che, qualora il consumatore abbia scelto un tipo di consegna diversa dalla consegna standard meno costosa offerta dal professionista, quest'ultimo non è tenuto a rimborsare i costi supplementari.

Il terzo comma, concludendo il tema degli obblighi a carico del professionista in caso di esercizio del diritto di recesso, dispone che, fatta salva la circostanza in cui il professionista si sia offerto di ritirare egli stesso i beni, questi può trattenere il rimborso fintanto che non abbia ricevuto i beni o finché il consumatore non dimostri di aver rispedito i beni, a seconda della situazione che si verifichi per prima.

Gli ultimi due commi appaiono giustamente bilanciare i diritti dei consumatori con quelli del professionista a non subire conseguenze troppo gravose a seguito del recesso.

L'articolo successivo illustra gli obblighi del consumatore in caso di recesso. Il primo comma dell'articolo 14, speculare rispetto al primo comma dell'articolo 13 appena analizzato, dispone che il consumatore restituisce i beni, li consegna al professionista o a un terzo da questi autorizzato a ricevere i beni, senza ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al venditore la decisione di recedere dal contratto. Il termine si considera rispettato se il compratore rispedisce i beni entro i quattordici giorni.

Il consumatore, a seguito dell'esercizio del diritto di recesso, sostiene solo il costo diretto di spedizione dei beni, a meno che il professionista abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del compratore.

Data la pratica, rilevata dal considerando 47 della direttiva, da parte dei consumatori di esercitare il diritto di recesso dopo aver utilizzato i beni oltre quanto necessario per stabilirne natura e funzionamento, essi non dovrebbero perdere tale diritto, ma si ritiene che dovrebbero essere considerati responsabili della diminuzione del valore dei beni. Si precisa che: "per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni il consumatore dovrebbe solo manipolarli ed ispezionarli nello stesso modo in cui gli sarebbe consentito farlo in un negozio. Ad esempio, il consumatore dovrebbe solo provare un indumento, senza poterlo indossare. Di conseguenza, durante il periodo di recesso il consumatore dovrebbe manipolare ed ispezionare i beni con la dovuta diligenza<sup>151</sup>." Tali considerazioni e gli obblighi che conseguentemente verranno introdotti non dovrebbero però far sì che il consumatore venga scoraggiato ad esercitare il diritto di recesso. Il risultato di tali

---

<sup>151</sup> Ivi, spec. considerando 47

contrapposte riflessioni è il secondo comma dell'articolo 14, il cui dettato limita la responsabilità del consumatore solo ed esclusivamente alla diminuzione del valore dei beni conseguente ad una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche ed il funzionamento dei beni. In ogni caso, il consumatore non deve essere considerato responsabile per la diminuzione di valore dei beni se il professionista ha omesso di informare il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera h<sup>152</sup>.

L'articolo 15 prevede una disposizione analoga a quella dell'articolo 6 comma 4 della direttiva 97/7/CE, disponendo che tutti i contratti accessori al contratto principale di compravendita siano automaticamente annullati contestualmente all'esercizio del diritto di recesso, senza costi per il consumatore. Mentre però nel testo legislativo precedente si prevedeva questa possibilità solo per i contratti di credito che coprivano l'importo della compravendita, ora il disposto è applicabile ai contratti accessori in generale.

Infine, l'articolo 16 elenca le eccezioni al diritto di recesso, non previsto per le compravendite a distanza relative a:"

- a) [...]
- b) La fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni nel mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso;
- c) La fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati;
- d) La fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi o scadere rapidamente;

---

<sup>152</sup> Vedi supra, paragrafo 2.2

- e) La fornitura di beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna;
- f) La fornitura di beni che, dopo la consegna, risultano, per loro natura, inscindibilmente mescolati con altri beni<sup>153</sup>.”

In conclusione, chi scrive ritiene che siano due in particolare gli aspetti della direttiva 2011/83/UE, anche in materia di recesso, che vanno a migliorare la direttiva 97/7/CE: il primo è la maggiore specificità ed analiticità delle disposizioni della direttiva successiva, in quanto precedentemente alcune parti della disciplina risultavano troppo vaghe o completamente lacunose, il secondo è il minore spazio lasciato agli Stati membri nel recepire la direttiva, che non si pone più obiettivi dichiarati di “armonizzazione minima”, ma mira a stabilire regole concrete e uniformi in tutto il territorio UE per favorire il mercato transfrontaliero. Sta per scadere il termine di due anni riservato agli Stati per emanare la legislazione di recepimento della direttiva e le disposizioni ivi contenute, come si legge all’articolo 28, saranno applicabili ai contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014. Si vedrà quindi in futuro se la 2011/83/UE raggiungerà i traguardi auspicati.

#### 4.3. Privacy e tutela dei dati personali

Lo sviluppo dei servizi della società dell’informazione realizzati mediante la rete Internet ha incrementato enormemente il traffico dei dati, permettendo a utenti sparsi per il globo di avvicinarsi a distanza di pochi click. Le maggiori problematiche sorgono però quando i dati scambiati sono personali, ossia, come recita la

---

<sup>153</sup> Op. cit., spec. art 16

definizione contenuta nella direttiva 95/46/CE relativa alla tutela di essi<sup>154</sup>.” qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile [...]; si considera identificabile la persona che può essere identificata direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale<sup>155</sup>.”

La grande diffusione dei dati personali va in controtendenza rispetto all'esigenza primaria di qualunque navigatore, ovvero l'anonimato. Soprattutto per quanto riguarda il commercio elettronico, l'utente ha interesse a che i suoi acquisti avvengano divulgando nel modo più contenuto possibile dati come la propria identità, preferenze di acquisto, strumenti di pagamento come accade nelle compravendite tradizionali presso qualsiasi punto vendita “fisico”, in cui si può acquistare oggetti pagando in denaro contante senza lasciare tracce<sup>156</sup>.

Questa necessità del consumatore si scontra principalmente con due interessi contrapposti: il primo è quello delle aziende dedite a pratiche di commercio online, che sfruttano in modo spregiudicato le potenzialità invasive offerte da Internet, tantoché si è parlato di passaggio dalla “produzione di massa” alla “personalizzazione di massa”. Le imprese infatti non si limitano più ad attrarre il numero più elevato di clienti possibile, ma vanno a studiarli fin dentro all'hard disk dei loro computer al fine di confezionargli un'offerta su

---

<sup>154</sup> Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in G.U.C.E. del 23/11/1995

<sup>155</sup> Ivi, spec. art 2 lettera a)

<sup>156</sup> P. PALLARO, *La tutela della vita privata in relazione ai trattamenti di dati personali in internet: l'approccio della comunità europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, p.7 e ss.

misura, basandosi sulle abitudini e gusti dei clienti ricavate dai dati “persi per strada” durante la navigazione<sup>157</sup>.

Il secondo interesse contrapposto all’aspirazione all’anonimato nutrita dall’utente è quello delle autorità giudiziarie, le quali necessitano di conoscere e rilevare varie informazioni personali al fine di reprimere la commissione di illeciti attraverso la rete.

La chiave per comporre questo conflitto tra esigenze diverse risiede nel principio di proporzionalità: occorre valutare caso per caso la fattispecie concreta, scegliere attentamente qual è l’interesse maggiormente degno di tutela e al quale dare la prevalenza, con il minor sacrificio possibile per quello soccombente.

Nell’ambito del commercio elettronico si pongono poi esigenze di controllo da parte delle autorità giudiziarie al fine di prevenire reati di riciclaggio del denaro illecito, che sollevano delle criticità rispetto alla conciliazione con il diritto alla riservatezza. Infatti, la direttiva adottata per combattere queste forme di reato<sup>158</sup> impone precisi obblighi di identificazione dei clienti. A questo punto le istituzioni dell’Unione hanno scelto di applicare interamente la normativa anti-riciclaggio agli istituti emittenti di moneta elettronica, carte prepagate e altri strumenti di pagamento online<sup>159</sup>, limitando i controlli dei comportamenti privati degli utenti ai soli fini di rilevamento di fattispecie di riciclaggio perseguibili penalmente.

Come per tutti i profili fin qui affrontati riguardanti la disciplina del commercio elettronico, anche per il settore della privacy e corrispondente tutela dei dati personali il dibattito principale riguardava e riguarda la scelta tra chi ritiene applicabile ai fenomeni

---

<sup>157</sup> Vedi supra, paragrafo 2.1

<sup>158</sup> Direttiva 2001/97/CE del 4 dicembre 2001 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, in G.U.C.E. del 28/12/2001

<sup>159</sup> Vedi supra, paragrafo 3.1



del mondo virtuale la normativa esistente in materia adattandola alla specificità del web e chi ritiene necessario invece emanare disposizioni legislative ad hoc che creino principi ed istituti peculiari. L'Unione europea ha optato fino ad ora per la prima possibilità, equiparando il cyberspazio al mondo fisico tradizionale, limitando ciò, tuttavia, ai soli principi fondamentali, dovendosi per il resto procedere ad inevitabili specificazioni, modellando le normative esistenti a tale particolare fenomeno.

Dunque, il principio di fondo sotteso agli interventi delle istituzioni europee è che anche i trattamenti di dati personali su Internet debbano rispettare i principi di tutela dei dati proprio come nel mondo off-line.

Di conseguenza, il primo testo normativo di disciplina della materia è la direttiva 95/46/CE<sup>160</sup>, detta anche direttiva quadro in materia di trattamento dei dati personali che viene definito come: "qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, [...] la conservazione, l'elaborazione o la modifica, nonché [...] la cancellazione o la distruzione"<sup>161</sup>.

I trattamenti rilevanti ai fini della direttiva sono quelli che prevedono, dopo la raccolta dei dati personali, anche la loro archiviazione. Essa concerne infatti i trattamenti informatizzati, nei quali rientrano per definizione la registrazione degli stessi secondo criteri precisi, scelti da chi li colloca entro la memoria di un computer.

La presente direttiva obbliga anche gli Stati membri ad istituire apposite autorità di controllo a protezione dei dati personali, assegnando ad esse poteri incisivi giurisdizionali e di controllo.

---

<sup>160</sup> Op.cit.

<sup>161</sup> Ivi, spec. art 2 lettera b)

La seconda direttiva applicabile anche ai fenomeni che si verificano nel web è la 2009/136/CE<sup>162</sup>, contenente i provvedimenti ritenuti essenziali per apportare la necessaria tutela degli utenti nel settore delle comunicazioni elettroniche. Qui la sfera dei dati personali è esposta a grandi rischi, nonostante spesso vengano sottovalutati, in quanto causati da comportamenti altrui istantanei che non rientrano nella definizione data precedentemente di “trattamento”. Perciò la direttiva appresta ulteriori strumenti di tutela dei singoli in aggiunta a quelli previsti per il trattamento di dati personali.

Oltre a questi strumenti, le istituzioni dell’Unione hanno ritenuto opportuno introdurre un osservatorio specializzato in materia sul piano comunitario ed è stato creato il Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali. Nato nel 1996, è composto da un rappresentante della o delle autorità di controllo sui trattamenti di dati personali di ciascuno Stato membro, da un rappresentante della o delle autorità di controllo comunitarie, nonché da un rappresentante della Commissione. Compito precipuo di tale organo è di sorvegliare l’evoluzione delle esperienze in materia, a livello comunitario ed internazionale, coadiuvando l’attività della Commissione nel dar seguito alle politiche comunitarie in fatto di tutela dei dati personali. In questo modo negli anni è stata costantemente monitorata la situazione del trattamento dei dati nella rete internet, seguendo un approccio inevitabilmente dinamico, dato il rapidissimo mutamento che caratterizza il web.

Quest’organo rileva come la problematica principale che affligge la materia è la mancanza di consapevolezza dell’utente di internet del

---

<sup>162</sup> Direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in G.U.U.E. del 18/12/2009

fatto che i suoi dati vengono costantemente raccolti e successivamente trattati per scopi a lui sconosciuti. La soluzione viene indicata nel potenziamento degli obblighi di informazione a carico dei soggetti che svolgono attività di marketing mediante raccolta dei dati personali e sul divieto del loro utilizzo previo consenso dell'interessato, così come del resto accade quando i dati vengono raccolti nel mondo "fisico e reale" in ossequio alle disposizioni delle due direttive citate.

Il Gruppo ha stimolato anche la formazione di codici di condotta settoriali, frutto di un'opera di autoregolamentazione da parte di tutti gli operatori dell'Unione appartenenti ad un medesimo settore riuniti nel *World Wide Web Consortium*, di cui fanno parte anche soggetti extra-UE. L'iniziativa è sfociata nell'idea di creare un software per il *browsing*<sup>163</sup> da vendere o distribuire nell'Unione che implementi la "piattaforma per le preferenze sulla privacy" (P3P) e "*l'Open Profiling Standard*" (OPS).

Il P3P è costituito da una sorta di vocabolario comune contenente i meccanismi di funzionamento della rete in merito alla riservatezza e tutela dei dati personali che permetterebbe un dialogo tra utente e fornitore del sito web al fine di giungere ad un accordo sul grado di protezione della privacy assicurato dal fornitore<sup>164</sup>. In questo modo il navigante potrebbe decidere se ritenere il sito sufficientemente sicuro e quindi accedervi o meno, in caso contrario.

L'OPS è invece un determinato complesso standard di dati personali, su cui si sono accordati gli organismi partecipanti al *WWW Consortium*, ritenuto rispettoso dei diritti degli interessati e che

---

<sup>163</sup> Programma che si avvia per navigare sul web, ad esempio internet explorer, google chrome, mozilla firefox

<sup>164</sup> P. PALLARO, op.cit.

verrà comunicato al fornitore del sito nel caso l'utente decida di accedervi.

Il Gruppo non ha valutato positivamente i risultati raggiunti dall'iniziativa; in particolare ritiene che il P3P, pur essendo universalmente applicabile, non sia stato messo a punto facendo riferimento al livello di tutela più elevato in materia di trattamento dei dati personali. Inoltre viene censurata l'assenza di sanzioni in caso di violazione degli obblighi da parte del fornitore del sito, nonché, per quanto riguarda l'OPS, la scarsa elencazione degli elementi sulla cui base l'utente dovrebbe decidere se ritenere il sito web sicuro e consentire quindi il trattamento del complesso standard di dati personali. Per il Gruppo infatti, il browser venduto o distribuito nella UE deve essere progettato e configurato in modo tale da assicurare l'impossibilità di concludere accordi on-line che violino la normativa prevalente in materia di tutela dei dati. Poiché appunto questo requisito non è stato raggiunto dalle iniziative di autodisciplina citate sin qui, il progetto di browser UE è per il momento naufragato.

Il Gruppo poi ritiene opportuno, per accrescere la sicurezza dei dati personali trasmessi, compiere un'opera di educazione della società riguardo alle problematiche della rete. Questo compito, secondo l'intenzione dell'organo, dovrebbe far capo soprattutto alle autorità garanti per la tutela dei dati dei singoli Stati membri. Nel loro compito dovrebbero accrescere le competenze informatiche dei cittadini, sollevando la loro attenzione sui comportamenti apparentemente innocui e rendendoli meno sprovveduti nei rapporti con i prestatori di beni e servizi telematici, anche mediante l'illustrazione del quadro normativo esistente. Tutto ciò andrebbe ad accrescere la pressione generale su chi progetta e costruisce le tecnologie operanti nel cyberspazio, in particolar modo su quei

soggetti che distribuiscono software lesivi del diritto alla riservatezza degli utenti.

A parere di chi scrive infatti, è proprio il navigatore occasionale che corre i pericoli maggiori di lesione al suo diritto alla riservatezza, avendo poca conoscenza del funzionamento dei *browser* di navigazione. Questi programmi infatti, sono configurabili al fine di limitare il rilascio di informazioni durante la navigazione o quantomeno è attivabile la funzione che avvisa che stanno per essere rilasciate se si prosegue nel compimento dell'azione in corso. Allo stesso tempo, chi opera su internet dovrebbe essere messo al corrente del fatto che la rete, nonostante le note caratteristiche di aterritorialità che la contraddistinguono, non può essere considerata una "terra di nessuno" e il contatto con l'UE la assoggetta da tempo alla normativa comunitaria.

Il Gruppo ha poi rilevato che la normativa comunitaria può essere ritenuta all'avanguardia nel quadro internazionale, circostanza però che viene vanificata dall'arretratezza delle posizioni altrui. Nella rete internet infatti, non esistendo confini geografici o statuali, è impossibile focalizzare le iniziative su un determinato territorio prescindendo dal resto del mondo. Le istituzioni dell'Unione tentano quindi di ridurre il divario di tutela della sicurezza della privacy dell'utente nel quadro della concertazione internazionale, a livello bilaterale e con maggior profitto in seno alle organizzazioni internazionali. Il Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali ritiene che, proprio nell'integrazione delle normative e del grado di tutela da queste offerto risieda il maggiore interesse per gli utenti comunitari.

Da ultimo occorre citare la proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio sulla tutela delle persone fisiche in materia

di trattamento dei dati personali<sup>165</sup>. Nella relazione allegata alla proposta le istituzioni osservano come lo sviluppo tecnologico abbia allontanato le frontiere della protezione dei dati personali, in quanto la portata della condivisione dei dati è aumentata esponenzialmente: sulla rete mondiale sia soggetti pubblici che privati rendono disponibili le proprie informazioni personali. Perciò:” instaurare un clima di fiducia negli ambienti online è fondamentale per lo sviluppo economico. La mancanza di fiducia frena i consumatori dall’acquistare online e utilizzare nuovi servizi. Tale situazione rischia di rallentare lo sviluppo di applicazioni tecnologiche innovative. Per questo motivo la protezione dei dati personali riveste un’importanza fondamentale [...]”<sup>166</sup>.

Giunti a tal punto della trattazione, considerazioni di questo genere non possono che risultare familiari ma caratterizzate ancora da uno spiccato profilo di attualità.

La relazione prosegue affermando che:” pur rimanendo valido in termini di obiettivi e principi, il quadro giuridico attuale non ha impedito la frammentazione delle modalità di applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell’Unione, né ha eliminato l’incertezza giuridica e la diffusa percezione nel pubblico che le operazioni online comportino notevoli rischi. E’ giunto pertanto il momento di instaurare un quadro giuridico più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell’Unione che, affiancato da efficaci misure di attuazione, consentirà lo sviluppo dell’economia digitale nel mercato interno, garantirà alle persone fisiche il controllo dei loro dati personali e rafforzerà la certezza

---

<sup>165</sup> Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) del 25/1/2012, COM(2012) 11 final

<sup>166</sup> Ivi, spec. Relazione, paragrafo 1

giuridica e operativa per i soggetti economici e le autorità pubbliche<sup>167</sup>.”

Appare significato il dato che siano in corso di approvazione tre regolamenti, CESL<sup>168</sup>, regolamento sulla protezione dei dati e regolamento sugli strumenti ODR<sup>169</sup> nella materia oggetto di trattazione, di integrazione del mercato interno, considerata fondamentale per il perseguimento degli obbiettivi dell’Unione. Che le istituzioni stiano lentamente abbandonando l’adozione di atti rientranti nella categoria “soft law” nelle materie chiave? Le direttive non hanno raggiunto i risultati sperati? Questa è la tendenza che pare emergere ad oggi.

#### 4.4. Responsabilità dell’*Internet Service Provider* (ISP)

I provider sono soggetti che forniscono professionalmente l’accesso alla rete internet, o consentono la memorizzazione e la trasmissione di informazioni fornite direttamente dagli utenti<sup>170</sup>. Sin da subito si è sviluppata all’interno degli Stati membri la tendenza ad imputare a questi soggetti la responsabilità dei fatti illeciti commessi tramite internet, ovviamente non solo per i fatti compiuti dal *provider* stesso e per i quali vige il normale regime di responsabilità, ma anche per quelli compiuti da altri soggetti che si avvalgono dei servizi telematici approntati dall’ISP<sup>171</sup>.

Le ragioni per cui è riscontrabile questo atteggiamento consistente nell’includere i *providers* tra i soggetti responsabili per illeciti

---

<sup>167</sup> Op. cit.

<sup>168</sup> Vedi supra, paragrafo 1.3.1

<sup>169</sup> Vedi infra, paragrafo 4.5.2

<sup>170</sup> M. SANTAROSSA, op.cit.

<sup>171</sup> G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, n. 8-9/2004, p. 832 e ss.

commessi da terzi sono rinvenibili nelle circostanze che: il prestatore di servizi internet è un soggetto facilmente individuabile, mentre l'autore materiale dell'illecito, soprattutto se si tratta di un utente esperto, ha a disposizione numerosi strumenti tecnici che gli permettono di celare la provenienza dell'attività illecita mantenendo l'anonimato; inoltre il *provider* è un soggetto che ha organizzato la propria attività in forma di impresa e quindi si suppone che sia maggiormente solvibile per riparare eventuali danni rispetto al singolo materiale autore dell'illecito.

Questa estensione generalizzata a carico degli ISP degli obblighi di controllo e vigilanza nei confronti dei terzi che compiono materialmente illeciti tramite la rete internet comporta inconvenienti dal punto di vista economico, giuridico e sociale.

Dal punto di vista economico, l'estensione dell'obbligo di sorveglianza accrescerebbe i costi dell'attività dei *providers* che si vedrebbero costretti a scaricare le spese maggiori sia su coloro che immettono contenuti in rete (ad esempio un'azienda che vende online i propri prodotti), sia sugli utenti finali (proseguendo l'esempio precedente, un consumatore che vuole acquistare un oggetto venduto via internet), comprimendo le esigenze di libertà della rete.

Inoltre, l'attribuzione sempre più generalizzata della responsabilità a carico dei prestatori dei servizi in ragione della loro presunta maggiore capienza economica, disincentiverebbe l'ingresso sul mercato di operatori di piccole e medie dimensioni, creando situazioni oligopolistiche e conseguenti alterazioni della concorrenza, vero e proprio spettro delle istituzioni dell'Unione.

Dal punto di vista giuridico, imporre una responsabilità da omesso controllo su tali contenuti da parte del *provider* equivarrebbe ad introdurre in maniera occulta una responsabilità oggettiva in campo



civile e penale. Il prestatore di servizi è impossibilitato dall'enorme mole di informazioni che possiede ad esercitare un controllo capillare, nonché dalla circostanza che non è necessariamente dotato delle competenze tecnico-giuridiche che gli permettono di riconoscere quando si trova in presenza di un illecito.

Dal punto di vista sociale, l'attribuzione di severi obblighi di sorveglianza e controllo agli ISP al fine di non incorrere nell'eventuale responsabilità avrebbe l'effetto di indurre questi ultimi a rifiutare la prestazione dei propri servizi ad utenti sconosciuti o non professionali, ritenuti non affidabili. Tutto ciò attribuirebbe un ruolo censorio al prestatore di servizi che mal si concilia con la natura libera da vincoli della rete.

La constatazione da parte delle istituzioni dell'Unione dell'esistenza di divergenze normative tra gli Stati membri nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, potenzialmente distorsive del principio della concorrenza e quindi di ostacolo al buon funzionamento del mercato interno spinse il legislatore comunitario ad introdurre un'apposita normativa all'interno della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico<sup>172</sup> per disciplinare il fenomeno.

Innanzitutto, al primo comma dell'art 15 si esplicita l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza a carico del *Provider*:" Nella prestazione di servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite<sup>173</sup>."

---

<sup>172</sup> Op. cit.

<sup>173</sup> Op. cit., spec. art 15 comma 1

E' da rilevare però un'inspiegabile contrasto tra la formulazione di questo articolo e quella del considerando 48 quando afferma che:" la presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza [...] al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite<sup>174</sup>."

Nell'art 15 si proclama l'assenza dell'obbligo di ricercare attivamente la presenza di attività illecite, mentre nel considerando 48 si riserva agli Stati la possibilità di richiedere ai *providers* di compiere tale attività di indagine.

La direttiva poi passa ad individuare e disciplinare tre tipologie distinte di attività di prestazione di servizi da parte degli ISP: semplice trasporto o *mere conduit*, memorizzazione temporanea o *caching*, e *hosting*.

Per l'attività di semplice trasporto:" consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione<sup>175</sup>," l'articolo 12 stabilisce che il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse, dettando poi tre condizioni per tale esonero da responsabilità, costituite dalla circostanza che il *provider* non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della stessa e non selezioni o modifichi le informazioni trasmesse.

Il secondo comma precisa che le attività di cui al primo comma appena descritte includono anche la memorizzazione automatica transitoria, a condizione che serva solo alla trasmissione delle informazioni e non ecceda il tempo necessario a tale scopo.

---

<sup>174</sup> Op. cit., spec. considerando 48

<sup>175</sup> Op. cit., spec. art 12

Il terzo comma ammette la possibilità che, in conformità agli ordinamenti degli Stati membri, gli organi giurisdizionali o amministrativi esigano che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione, a pena di incorrere in responsabilità.

Il successivo articolo 13 disciplina il regime di responsabilità del *provider* nei casi di memorizzazione temporanea. Il prestatore di servizi che memorizza in maniera automatica, intermedia e temporanea le informazioni fornite da un destinatario del servizio al solo fine di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta non è responsabile del contenuto illecito di tali informazioni, a condizione che:”

- a) Non modifichi le informazioni;
- b) Si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) Si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d) Non interferisca con l’uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull’impiego delle informazioni, e
- e) Agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l’accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l’accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un’autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell’accesso<sup>176</sup>.”

---

<sup>176</sup> Op. cit., spec. art 13 comma 1

Il secondo comma dell'articolo riproduce pedissequamente il terzo comma dell'articolo 12 già analizzato.

L'articolo 14 affronta il caso dell'ISP che compie un'attività di memorizzazione di informazioni fornitegli da un destinatario del servizio esonerandolo da responsabilità, a condizione che:"

- a) Non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o
- b) Non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso<sup>177</sup>."

La lettera b) del primo comma dell'articolo dà adito ad alcuni dubbi interpretativi, poiché lascia aperta la possibilità che la semplice comunicazione da parte di un soggetto che sostenga di aver subito un danno dalle informazioni memorizzate integri quella conoscenza dell'illiceità che ai sensi della disposizione impone al *provider* di attivarsi immediatamente per eliminare tali informazioni; in questo caso il prestatore rischierebbe di trovarsi invischiato in una situazione che lo costringe da una parte ad eliminare le informazioni per non correre il rischio di essere ritenuto responsabile dei danni causati da esse, dall'altra rimane vincolato dal rapporto contrattuale con il destinatario del servizio che lo obbliga a mantenere la pubblicazione contestata. La soluzione va ricercata nella formulazione dell'articolo che parla di "manifesta illiceità", che pare limitare ai soli casi di violazioni macroscopiche l'onere del prestatore di procedere alla disattivazione del sito<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Op. cit., spec. art 14 comma 1

<sup>178</sup> M. SANTAROSSA, op.cit.

Tuttavia anche il richiamo alla “manifesta illiceità” appare eccessivamente discrezionale e non fornisce al *provider* un appiglio sicuro. Probabilmente sarebbe stato più opportuno prendere spunto dal *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) statunitense del 1998<sup>179</sup>. Questa legge impedisce che l’ISP divenga ostaggio di segnalazioni prive di fondamento da parte di soggetti che si ritengono danneggiati dalle informazioni prevenendo un’articolata procedura di notifica e ritiro (“*notice and takedown procedure*”) di materiali che si presumono violare i diritti d’autore. Si prevede che il *provider* sia esonerato da responsabilità nel caso in cui impedisca sollecitamente l’accesso alle informazioni. Le segnalazioni dovranno però rispondere a taluni requisiti formali ed essere indirizzate ad un soggetto preciso dell’organizzazione del provider, il quale potrà quindi ignorare quelle vaghe o imprecise.

Se poi, in seguito alla segnalazione dotata di tutte le caratteristiche formali previste, il prestatore rimuove materiali leciti, in base alla “*Good Samaritan Rule*” non è ritenuto responsabile, a condizione che avvisi prontamente l’autore della rimozione dei dati.

L’autore dei dati rimossi può a questo punto avviare una “*put-back procedure*” che gli permette di chiedere ed ottenere il ripristino delle informazioni rimosse per presunte violazioni del *copyright*, sempre che nel frattempo la questione non sia stata demandata all’autorità giudiziaria.

Infine, il soggetto che ha posto in essere la procedura di rimozione dei dati presunti illeciti, sapendo che in realtà non sussiste alcuna violazione del *copyright*, risponde dei danni causati in tal modo al *provider*.

---

<sup>179</sup> G. PINO, op. cit.

Inutile osservare la maggiore precisione ed analiticità della previsione statunitense, a prescindere da approcci esterofili al diritto non appartenenti alla visione dello scrivente.

Anche il terzo comma dell'articolo 14 riproduce testualmente la disposizione del terzo comma dell'articolo 12, introducendo però la possibilità per gli Stati membri di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso ad esse.

Per completare la disciplina del servizio di *hosting* occorre analizzare il secondo comma dell'articolo 15 della direttiva che afferma: "Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati<sup>180</sup>."

Questa disposizione fa sorgere il dubbio sulla permanenza dell'anonimato in internet<sup>181</sup>, prevedendo la possibilità che il *provider* trasmetta all'autorità che ne faccia richiesta le informazioni che consentono l'identificazione del destinatario dei servizi con cui hanno un accordo di memorizzazione dei dati.

Per potere adempiere alla richiesta da parte delle autorità quindi, l'ISP deve obbligatoriamente procedere all'identificazione dei destinatari dei servizi, per non correre il rischio di assumersi esso stesso la responsabilità per gli illeciti commessi da utenti ai quali ha concesso di restare anonimi.

---

<sup>180</sup> Op. cit., spec. art 15 comma 2

<sup>181</sup> G. PINO, op.cit.

Questo regime appare in netto contrasto con quanto affermato alla direttiva al considerando 14:” la presente direttiva non può impedire l’utilizzazione anonima di reti aperte quali internet<sup>182</sup>.”

Occorre ricordare però, che tale obbligo di identificazione sussiste solo nelle ipotesi di prestazione di servizi di memorizzazione di dati, rimanendone esclusi tutti gli altri.

Avendo analizzato tutte le disposizioni relative alla responsabilità dei prestatori di servizi, si può osservare come la direttiva abbia adottato un regime di attribuzione della responsabilità del *provider* che è indipendente dal tipo di illecito commesso dai destinatari dei servizi, mentre in altri ordinamenti, come ad esempio quello statunitense già citato, è prevalso il criterio verticale, che differenzia il tipo di responsabilità dell’ISP a seconda del tipo di illecito commesso dall’utente.

Appare ora opportuno affrontare una pronuncia giurisprudenziale della Corte di giustizia per vedere in concreto come vengono applicate le disposizioni della direttiva relative alla responsabilità del *provider*.

Il caso da analizzare è quello dei procedimenti riuniti da C-236/08 a C-238/08<sup>183</sup> che vedevano contrapposti la società *Louis Vuitton* e il prestatore di servizi *Google*.

La causa è iniziata nel 2003, quando la società *Vuitton* ha fatto constatare che, utilizzando il motore di ricerca fornito da *Google*, l’inserimento da parte degli utenti dei termini costituenti i marchi della *Vuitton* faceva apparire, all’interno della sezione “*link sponsorizzati*”, alcuni collegamenti indirizzanti verso siti che proponevano imitazioni dei prodotti della casa di moda. Inoltre, è

---

<sup>182</sup> Op. cit., spec. considerando 14

<sup>183</sup> Cause riunite da C-236/08 a C-238/08 del 23/03/2010, in G.U.U.E. del 22/05/2010, per testo integrale vedi [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

stato verificato che *Google* offriva agli inserzionisti non solo la possibilità di utilizzare parole chiave corrispondenti al marchio *Vuitton*, ma anche tali parole chiave accompagnate da espressioni come “imitazione” e “copia”, recando quindi danno alla società.

La giustizia francese ha condannato in primo grado e in appello l'ISP *Google*, fin quando la questione è giunta presso la corte di cassazione dello Stato transalpino, la quale ha sollevato una questione pregiudiziale. In particolare ha chiesto alla Corte di giustizia europea se l'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE<sup>184</sup> debba essere interpretato nel senso che un servizio di posizionamento su internet costituisca un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di dati forniti dall'inserzionista affinché questi siano oggetto di un'attività di *hosting* ai sensi di tale articolo e, quindi, non sia ravvisabile una responsabilità del prestatore del servizio di posizionamento prima che egli venga edotto riguardo al comportamento illecito dell'inserzionista in questione.

La Corte, per inquadrare la fattispecie, ha spiegato il funzionamento del motore di ricerca sviluppato da *Google*, evidenziando come quando un utente effettua una ricerca a partire da una o più parole, il motore di ricerca visualizza, in ordine decrescente di attinenza, i siti che corrispondono meglio a tali parole<sup>185</sup>. Questi sono i cosiddetti “risultati naturali” della ricerca. In aggiunta a questi risultati, vi sono quelli ottenuti mediante il sistema del servizio a pagamento “*AdWords*” che consente agli operatori economici di far apparire in cima ai risultati “naturali” dei *link* pubblicitari diretti verso i propri siti mediante la selezione di una o più parole chiave, nel caso in cui tali parole coincidano con quelle digitate dall'utente

---

<sup>184</sup> Op. cit.

<sup>185</sup> Vedi supra, paragrafo 2.1



per effettuare la ricerca. Nel caso in cui più aziende scelgano le stesse parole chiave, *Google* determina l'ordine in cui vengono visualizzati i *link* pubblicitari in base al prezzo massimo per click, da quante volte tali *link* sono stati selezionati in precedenza, nonché dalla qualità dell'annuncio valutata da *Google* stesso.

Chiariti questi concetti, la Corte ha affermato che:” la semplice circostanza che il servizio di posizionamento sia a pagamento, che la *Google* stabilisca le modalità di pagamento, o ancora che essa dia informazioni di ordine generale ai suoi clienti, non può avere come effetto di privare la *Google* delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31/CE. Del pari, il fatto che la parola chiave selezionata e il termine di ricerca inserito da un utente di internet coincidano non è di per sé sufficiente a ritenere che la *Google* conosca o controlli i dati inseriti dagli inserzionisti nel suo sistema e memorizzati sul suo server<sup>186</sup>.”

La Corte ha quindi risolto la questione pregiudiziale affermando che l'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE<sup>187</sup>:” deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi<sup>188</sup>.”

---

<sup>186</sup> Op. cit.

<sup>187</sup> Op. cit.

<sup>188</sup> Op. cit.

Il moltiplicarsi di pretese di cancellazione dei dati ritenuti illeciti e di risarcimento dei danni conseguenti ha spinto *Google*, indiscutibilmente ritenuto il maggiore destinatario di tali pretese, a lanciare sul web uno strumento volto a rilevare le continue pressioni da parte dei governi degli Stati su alcuni contenuti del suo motore di ricerca esercitate al fine di ottenere le informazioni che rivelano l'identità degli utenti o la rimozione di dati<sup>189</sup>.

Il *provider* ha affermato che la trasformazione dell'utente da mero fruitore dei servizi internet a cooperatore nella pubblicazione di informazioni, ha reso impossibile qualunque controllo preventivo sugli eventuali profili di illiceità di tali contenuti.

Questo, secondo *David Drummond*, responsabile dell'area legale di *Google*, è il prezzo che occorre pagare per garantire il principio tutelato dall'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani riguardante la libertà d'espressione e di opinione senza alcuna interferenza.

Dove si situi il confine tra tutela della libertà d'espressione e tutela del libero mercato resta ancora tutto da stabilire.

#### 4.5. L'insorgere di controversie nella compravendita tra imprese e consumatori

Nell'analisi delle varie fasi della compravendita transfrontaliera online tra impresa e consumatore, si è giunti oramai all'ultimo stadio, anch'esso eventuale e contingente, dell'insorgere di controversie tra i due soggetti del rapporto contrattuale. Il contenzioso dell'*e-commerce*, secondo Vigoriti<sup>190</sup>, può nascere

---

<sup>189</sup> S. ALVANINI, *La responsabilità dei services providers*, in *Il diritto industriale*, 4/2010, p.329 e ss.

<sup>190</sup> V. VIGORITI, *op.cit.*

dall'inefficacia del vincolo contrattuale per qualcuno dei vizi oppure per l'inadempimento di una delle parti.

Nel complesso tuttavia, le controversie che emergono a livello giurisprudenziale sono di numero molto esiguo. Tutto ciò a causa della modesta dimensione economica dei singoli contratti, nonché della percezione dell'inadeguatezza dei processi ordinari come strumento di tutela di questi diritti. Per quanto riguarda gli importi delle compravendite, la maggior parte di esse non supera i 500 euro, cifra che mal si concilia con i costi largamente superiori delle iniziative processuali. Relativamente al profilo di inadeguatezza del ricorso giurisdizionale invece, si può osservare come questo strumento priva il commercio elettronico di quei caratteri di flessibilità e innovazione, riproponendo il modello tradizionale dell'uno contro uno, in un certo luogo fisico e secondo uno svolgimento nel tempo immutabile.

Se la tendenza muove verso un processo sempre più telematico, privo del carattere di fisicità, di collocazione spaziale e caratterizzato dalla velocità dei contatti, diverrà impossibile continuare ad ipotizzare un processo imperniato sul contraddittorio diretto fra giudice, avvocato e parti.

#### 4.5.1. Ricorsi giurisdizionali

Nonostante le considerazioni svolte fin qui, occorre ora tracciare un quadro essenziale dei ricorsi giurisdizionali.

I profili maggiormente problematici della disciplina di questo tipo di ricorsi sono quelli riguardanti la scelta del giudice e quindi della legge applicabile, trattandosi di compravendite transfrontaliere.

La normativa comunitaria anche in questo settore tiene conto della particolare posizione di debolezza del consumatore, in quanto è

concreto il rischio che il contraente forte tenti di imporre alla controparte scelte gravose in punto di giurisdizione, di fatto equivalenti al diniego di accesso alla tutela processuale.

Il regime ordinario della legge applicabile a un contratto di compravendita è quello delineato dall'articolo 3 primo comma del regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il quale afferma che: " Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti<sup>191</sup>."

Nel caso in cui le parti non abbiano esercitato la scelta della legge applicabile: " il contratto di vendita di beni è disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale<sup>192</sup>."

Questo favor concesso nei confronti del venditore in caso di mancanza di scelta deve essere visto positivamente in quanto non costringe soprattutto le piccole e medie impresa a sobbarcarsi i costi ingenti di ricorsi giurisdizionali regolati da leggi e giudici di altri paesi. Se invece è stata effettuata la scelta, l'impresa ha avuto la possibilità, in collaborazione con il compratore, di optare comunque per una giurisdizione quantomeno non totalmente estranea e/o avversa.

Queste considerazioni hanno valenza generale, a meno che uno dei due contraenti non sia un consumatore.

In questo caso, la materia è disciplinata dall'art 6 del regolamento che dispone così: " [...] un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale ("il consumatore<sup>193</sup>") con un'altra persona che agisce nell'esercizio della sua attività commerciale o professionale ("il professionista") è disciplinato dalla legge del paese

---

<sup>191</sup> Op. cit., spec. art 3 comma 1

<sup>192</sup> Op. cit., spec. art 4 comma 1, lettera a)

<sup>193</sup> Per un'analisi dell'evoluzione della nozione di consumatore vedi supra, paragrafo 1.2

nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista:

- a) Svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o
- b) Diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo;

e il contratto rientri nell'ambito di dette attività<sup>194</sup>.”

Questo appunto accade nella compravendita online quando il professionista indirizza attraverso il sito web la propria attività anche verso il paese del consumatore e sarà la legge della residenza abituale di quest'ultimo quella applicabile alla controversia.

Il regolamento però, non ha voluto privare del tutto le parti della libertà di scelta della legge applicabile che sarà quindi esercitabile. Il secondo comma dell'articolo tuttavia specifica che:” tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1<sup>195</sup>.”

Tale disposizione non vuole privare il consumatore del livello minimo di tutela che gli verrebbe assicurato dalla legge del proprio Stato di residenza. Nell'ipotesi in cui le parti si accordino sull'applicazione della legge di un ordinamento che offre un minore standard di tutela del consumatore, si applicherà la legge vigente in caso di mancanza di scelta.

Accertata la competenza del giudice e la legge applicabile, il consumatore potrà valersi del processo ordinario. Purtroppo, non sarà una grande conquista, non solo per l'inefficienza più o meno grave dell'apparato, quanto piuttosto per i limiti naturali di tale

---

<sup>194</sup> Op. cit., spec. art 6 comma 1

<sup>195</sup> Op. cit., spec. art 6 comma 2

strumento per la tutela dei diritti correlati a rapporti che si instaurano, e magari si esauriscono on-line, sul piano quindi virtuale e non fisico.

Un segno che le istituzioni dell'Unione hanno dato in questo senso è rappresentato dalla disposizione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico<sup>196</sup> riguardante i ricorsi giurisdizionali. Nell'articolo in esame si dispone che: "Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell'informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa<sup>197</sup>."

Naturalmente si tratta di un auspicio che riflette la preoccupazione di fondo riguardo alle problematiche dei ricorsi giurisdizionali, poiché l'adozione di provvedimenti, provvisori o definitivi, rapidi e magari anche corretti è l'aspirazione di tutti ma difficile da realizzare.

Questa indicazione, per quanto generica, pare significativa, poiché testimonia il desiderio di un rinnovamento generale<sup>198</sup>.

Probabilmente però, lo strumento più appropriato per la tutela dei diritti dell'*e-commerce* non è il processo ordinario ma la composizione extragiudiziale.

---

<sup>196</sup> Op. cit.

<sup>197</sup> Op. cit., spec. art 18 comma 1

<sup>198</sup> V. VIGORITI, op.cit.

#### 4.5.2. Strumenti di composizione extragiudiziale (Alternative Dispute Resolution e Online Dispute Resolution)

Quando si parla di *Alternative dispute resolution*, lo si fa dando a questi strumenti l'accezione di sistemi extragiudiziali per la composizione delle controversie, sottintendendo che ci si trovi in una situazione prossima alle aule di giustizia<sup>199</sup>.

Tutto ciò è fuorviante in quanto si è ben distanti dai tribunali, nonostante si sia immaginato un rapporto di specie a genere tra questi strumenti e i ricorsi giurisdizionali, ignorando le differenze sostanziali presenti tra di essi. Questa idea di fondo ha fatto sì che l'ADR sia visto esclusivamente come un metodo di deflazione del carico della giustizia.

Tale impostazione riflette una visione "centralista" della figura del contratto, una sorta di "pan-contrattualismo" per cui "si vedono contratti dappertutto". Il contratto viene visto come mezzo per porre le parti su un piano di parità, riflessione ingenua come si è potuto notare anche nel corso della trattazione in cui si sono evidenziate numerose ipotesi di posizioni di debolezza del consumatore nei confronti del professionista.

Primariamente, gli strumenti di ADR forniscono soluzioni che si adattano maggiormente alle compravendite online, poiché vengono fornite in tempi rapidi e con costi notevolmente inferiori rispetto ai procedimenti giurisdizionali. Se questa riflessione può apparire scontata, meno lo è la considerazione di Tripodi<sup>200</sup> riguardo all'ulteriore funzione che può assumere la conciliazione

---

<sup>199</sup> E. M. TRIPODI, *I sistemi di conciliazione online: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto dell'internet*, n. 2/2005, p. 205 e ss.

<sup>200</sup> Op. cit.

extragiudiziale. Data la generale standardizzazione delle condizioni generali di contratto, anche a causa degli obblighi informativi a tutela del consumatore, nel caso di successo dell'idea di *business* proposta dal professionista affetta però da un errore che può dar luogo a contenzioso, la matematica certezza di rinvenirlo in tutti i contratti "accettati" dal consumatore è causa di gravi rischi per l'impresa. In queste circostanze lo strumento conciliativo potrebbe operare una sorta di riallineamento, correggendo gli errori del modello contrattuale occorsi nel passaggio dal mondo teorico a quello concreto del suo impiego fattivo. Permetterebbe quindi all'azienda, di correggere gli errori giuridici del contratto proposto, e, al consumatore, di vedere soddisfatte le proprie pretese senza doversi attivare per dare vita ad un processo di giustizia ordinaria.

I modelli principali di *Alternative dispute resolution* sono la conciliazione, costituita dall'adesione a proposte elaborate direttamente dalle parti o da terzi chiamati a svolgere la funzione di mediazione e l'arbitrato, consistente nella soggezione ad una decisione assunta da soggetti a cui la controversia sia stata concordemente devoluta, prima o dopo che sia sorta.

I maggiori consensi sono riscossi dalla conciliazione, quasi sempre mediata da enti specializzati, poiché è più facile da organizzare e meno impegnativa, in quanto residua per le parti la possibilità di valutare le proposte e rifiutare quelle non gradite, riservandosi magari di agire in sede giurisdizionale.

Strumento vicino alla conciliazione, ma facente parte degli ODR (*Online Dispute Resolution*) in quanto procedura che si svolge interamente online, è il sistema di *blind offer*. Esso consiste in una composizione transattiva di controversie aventi ad oggetto il pagamento di somme, transazione imposta dal *software* utilizzato al termine di un procedimento online senza possibilità di rifiuto.



Qualora professionista e consumatore decidano di servirsi di programmi di questo tipo, iniziano a scambiarsi proposte e controproposte transattive, con le modalità previste dal *software* di riferimento. Ogni offerta deve migliorare quella precedente in una misura prefissata, non è conosciuta dalla controparte ed è ferma per un dato periodo. Quando, in base al programma, richiesta ed accettazione rientrano nel *range* stabilito in precedenza, la transazione è conclusa. Il procedimento si svolge online senza alcun contatto personale.

Questo tipo di conciliazione impostata su criteri di automatismo presenta profili positivi e uno negativo. Quelli positivi sono la velocità e il basso costo della procedura, nonché l'imparzialità del terzo costituito dal *software* stesso; quello negativo è dato proprio dalla spersonalizzazione e dall'automatismo del meccanismo stesso che, se non viene adeguatamente monitorato e corretto, rischia di essere affetto dagli stessi errori giuridici delle condizioni generali standardizzate del contratto<sup>201</sup>.

L'altro strumento classico di ADR è l'arbitrato. Questo istituto ha il vantaggio/svantaggio di concludersi con una vera e propria decisione definitiva e vincolante per le parti, circostanza che lo rende appetibile per quanti aspirano a non esasperare il contenzioso, mentre invece lo fa apparire temibile al contraente debole ed inesperto<sup>202</sup>.

Rivolgendo l'attenzione alle disposizioni normative che regolano la composizione stragiudiziale delle controversie, è necessario menzionare l'articolo 17 della direttiva 2000/31/CE riguardante il commercio elettronico<sup>203</sup>. Tale norma appare più come una

---

<sup>201</sup> E. M. TRIPODI, op.cit.

<sup>202</sup> V. VIGORITI, op.cit.

<sup>203</sup> Op. cit.

raccomandazione diretta agli Stati comunitari piuttosto che una regolamentazione puntuale dello strumento.

L'articolo dispone: "Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale.

Gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte.

Gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie a comunicare alla Commissione le decisioni significative che adottano sui servizi della società dell'informazione, nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico<sup>204</sup>."

Gli Stati sono quindi destinatari esclusivamente di un obbligo di non ostacolare gli strumenti dell'ADR, nonché di un'esortazione ad incoraggiarne l'utilizzo e a comunicarne i risultati alla Commissione per un monitoraggio dei traguardi raggiunti in questo settore.

Troppo poco per favorire l'utilizzo generalizzato di tali soluzioni.

Nel momento in cui si scrive è in corso di approvazione un "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR formato da:

- Una comunicazione sulla risoluzione alternativa delle controversie per i consumatori nel mercato unico<sup>205</sup>
- Una proposta di direttiva sull'ADR per i consumatori<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Op. cit., spec. art 17

<sup>205</sup> Documento COM (2011) 791 del 29/11/2011

<sup>206</sup> Documento COM (2001) 793 del 29/11/2011

- Una proposta di regolamento sull'ODR per i consumatori relativa alle operazioni transfrontaliere di commercio elettronico<sup>207</sup>.

Questo intervento normativo, secondo la relazione che accompagna la proposta, ha come obiettivo la creazione di un sistema integrato tra ADR e ODR volto a potenziare il funzionamento del mercato interno e transfrontaliero e la possibilità di farvi ricorso per i consumatori. Inoltre, si vuole assicurare che la qualità degli organismi ADR sia uniforme su tutto il territorio dell'Unione europea e che i contraenti deboli abbiano la garanzia di poter accedere ad un sistema alternativo di risoluzione delle controversie ovunque si trovino ed indipendentemente dall'aver acquistato le merci online o offline.

Nella Valutazione d'impatto<sup>208</sup> viene evidenziato che, soltanto con una copertura completa di ADR da parte degli Stati membri, il sistema alternativo permetterà all'UE di risolvere in modo efficace le controversie di commercio elettronico transfrontaliero.

Nella relazione si constata che lacune nella copertura, scarsa consapevolezza dei consumatori e delle stesse imprese sulla possibilità di farvi ricorso e standard qualitativi delle relative procedure non omogenei, allo stato attuale compromettono l'efficacia di tali strumenti.

In questo momento in Europa sono stati identificati circa 750 organismi ADR nazionali, la maggior parte dei quali gratuiti o con un costo per il consumatore che non supera i 50 euro<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Documento COM (2011) 794 del 29/11/2011

<sup>208</sup> La valutazione d'impatto è consultabile all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/docs/summary\\_impact\\_assessment\\_adr\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/summary_impact_assessment_adr_it.pdf).

<sup>209</sup> G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, in *il Corriere giuridico*, 5/2012, p. 697 e ss.

Le istituzioni dell'Unione, attraverso la disciplina dei metodi ADR, non mirano a ridurre il carico della giustizia ordinaria nazionale e sovranazionale, ma tendono a costituire forme di tutela complementari, a basso costo, di facile accesso, dotate di elevati standard qualitativi, regolate dai principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità, nonché dalla durata massima del procedimento di 90 giorni.

Oltre che vantaggi per il consumatore, questi strumenti apporterebbero vantaggi per l'impresa stessa, salvaguardando la sua reputazione agli occhi dei potenziali clienti e mantenendo alta la fiducia degli acquirenti abituali, ingenerando nei consumatori l'idea di trovarsi di fronte ad una azienda predisposta al dialogo e alla ricerca di soluzioni condivise, piuttosto che allo scontro e alla litigiosità.

Questo sistema dovrebbe, e l'uso del condizionale è d'obbligo, consentire alle parti di giungere a soluzioni condivise e vantaggiose per entrambe le parti, fuoriuscendo dall'impostazione tipica dei ricorsi ordinari in cui un soggetto vince e l'altro perde, ma adottando l'idea che sia l'impresa che il consumatore possano "vincere" contemporaneamente. L'ADR quindi, a differenza della giustizia ordinaria ove al termine del procedimento si creano spaccature spesso insanabili, permetterebbe di comporre i profili di contrasto e quindi di proseguire il rapporto.

La Commissione europea ha deciso, per realizzare tale compito, di puntare sui sistemi già esistenti all'interno degli Stati, fissando delle regole che mirano a potenziarli e stabilendo delle regole minime comuni che dovranno essere rispettate da tutti gli organismi di mediazione.

Nella valutazione d'impatto si legge che con la direttiva si garantisce ai consumatori di accedere ad organismi ADR di qualità. Lo

strumento vincolante per gli Stati lascia loro la scelta in merito alla forma attraverso la quale raggiungere tali risultati. Con il regolamento invece si istituisce un sistema UE formato da una piattaforma web direttamente accessibile per i consumatori, basata sugli organismi ADR nazionali e in grado di trattare online controversie transfrontaliere nell'ambito del commercio elettronico (ODR).

La proposta di direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali connesse alla vendita di beni o alla fornitura di servizi, si estende a tutte le controversie B2C e ricomprende tutti gli organismi ADR che cercano di risolvere le controversie tra consumatori e imprese in via extragiudiziale.

All'interno della proposta si definisce l'organismo ADR come :” qualsiasi organismo che a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, offre la risoluzione di controversie attraverso una procedura ADR<sup>210</sup>.” Il carattere permanente che deve possedere l'organismo mira ad escludere dall'ambito d'applicazione della direttiva le procedure di arbitrato ad hoc, istituite per un'unica controversia.

L'art 2 comma 2 della proposta prevede quattro ipotesi di esclusione dell'applicazione della direttiva. Le prime due, atte a salvaguardare il principio dell'imparzialità dell'organismo di mediazione, sono costituite dalle ipotesi di procedure di risoluzione delle controversie gestite da persone fisiche o da strutture alle dipendenze del professionista. La terza ipotesi di esclusione riguarda la negoziazione diretta tra professionista e consumatore, in quanto in questo caso le parti operano già delle reciproche concessione. L'ultima ipotesi di esclusione dell'applicazione della direttiva è

---

<sup>210</sup> Op. cit., spec. art 4

costituita dal tentativo di conciliazione operato dal giudice prima dell'avvio della procedura ordinaria.

Gli Stati membri, per ottemperare agli obblighi imposti dalla direttiva, possono avvalersi degli organismi ADR già esistenti, potenziandone il campo di applicazione ove presentino delle lacune dei requisiti minimi richiesti dall'Unione, oppure introdurre di nuovi. In sostanza devono contribuire ad uno sviluppo più capillare possibile di tali organismi all'interno di ciascun territorio nazionale, senza poter imporre per legge che il ricorso a tali strumenti sia obbligatorio, ledendo così il diritto di accesso al sistema giudiziario garantito dall'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione.

Gli organismi ADR previsti dalla direttiva devono essere conformi ai principi di imparzialità, efficacia, trasparenza, equità e competenza, al fine di incrementare la fiducia degli utenti al loro ricorso.

All'articolo 5 si richiede a tali strutture: di disporre di un sito web che consenta alle parti di presentare la controversia online; di trasmettere le informazioni sempre per via elettronica, favorendo una gestione più rapida della lite e un abbattimento dei costi dovuti agli spostamenti degli utenti e di essere in grado di ricevere ed accettare non solo le controversie nazionali, ma anche quelle transfrontaliere.

Inoltre tali organismi devono operare nel rispetto della normativa per la protezione dei dati personali<sup>211</sup>.

L'articolo 6 della proposta stabilisce i requisiti che devono possedere le persone fisiche che fanno parte degli organismi ADR per rispettare i principi di competenza ed imparzialità. Innanzitutto tali organi devono dotarsi di regolamenti interni che contengano

---

<sup>211</sup> Vedi supra, paragrafo 4.3

severe norme di comportamento riguardanti i soggetti incaricati della gestione della lite, i quali devono essere formati adeguatamente e mantenere costantemente aggiornata la propria preparazione nelle tecniche di composizione dei conflitti, devono rifiutare la nomina nel caso in cui non si ritengano qualificati, evitare qualsiasi circostanza che possa minare la propria indipendenza ed imparzialità o che possa ingenerare nelle parti la sensazione di parzialità o mancanza di neutralità. Devono inoltre assicurarsi che, prima dell'inizio dell'incontro diretto alla conciliazione, le parti abbiano compreso ed accettato espressamente le finalità e la natura della procedura ADR.

Il mediatore, conciliatore o arbitro deve svolgere il proprio ruolo con la necessaria diligenza, senza esercitare alcuna pressione sulle parti e deve mantenere la riservatezza su ogni informazione che emerga nella procedura di conciliazione.

L'articolo 7 garantisce il rispetto del requisito di trasparenza attraverso la previsione della diffusione di ogni informazione utile all'utente sul funzionamento e composizione dell'organo.

L'osservanza del principio di efficacia della procedura ADR viene garantito dalla previsione dell'articolo 8 che impone come requisiti:

- La facilità di accesso alla procedura per entrambe le parti del rapporto indipendentemente dalla loro ubicazione
- Non necessaria presenza del difensore
- Gratuità della procedura o costi moderati
- Durata massima della stessa, da risolversi entro 90 giorni, prorogabili per le liti più complesse.

Il successivo articolo 9 si occupa del principio di equità, inteso non come regola di giudizio, ma come insieme di tutti quegli accorgimenti finalizzati alla massima valorizzazione della volontà delle parti che conduce verso una scelta più consapevole possibile.

Gli Stati membri infatti, secondo la disposizione, devono assicurarsi che nell'ambito della procedura ADR le parti abbiano la possibilità di esprimere la propria opinione, ascoltare le argomentazioni e i fatti presentati dall'altra parte, nonché le eventuali dichiarazioni di esperti. Inoltre, prima di accettare qualunque soluzione, il consumatore deve essere informato se ha la scelta o meno di accettare la soluzione propositagli e che tale soluzione può essere meno vantaggiosa rispetto a quella che avrebbe potuto ottenere se avesse adito l'autorità giurisdizionale.

A parere delle istituzioni dell'Unione la conoscenza degli ADR da parte dei consumatori costituisce il presupposto indispensabile per un ricorso diffuso a tali strumenti. Perciò l'articolo 10 della proposta pone a carico del professionista un obbligo generale di informazione che può essere assolto ponendo sui principali documenti commerciali, nonché sul proprio sito web, i dati che consentano al consumatore di sapere sin da subito se l'azienda intende giungere ad una soluzione amichevole della lite. Inoltre il professionista è obbligato a fornire ogni altra specificazione su come ottenere ulteriori informazioni sull'organismo ADR e quali siano le condizioni per accedervi.

La proposta di direttiva si preoccupa che l'informazione sia assicurata anche da parte degli stessi organismi ADR. Questi devono fornire tutte le indicazioni necessarie per far conoscere ai potenziali utenti i modi di funzionamento dello strumento, le garanzie offerte per assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dei membri che lo compongono, nonché le lingue nelle quali possono essere presentati i reclami e in cui si svolge la procedura. Tali enti in aggiunta, sui propri siti o supporti cartacei, dovrebbero pubblicare resoconti dei casi trattati su base annuale, in modo da consentire di risalire anche alla percentuale di successo del meccanismo ADR.



L'articolo 15 stabilisce che ciascuno Stato membro designi un'autorità competente con il compito di monitorare il funzionamento e lo sviluppo degli organismi ADR presenti sul proprio territorio. Anche se non espressamente previsto dal testo della proposta, si presuppone che tali autorità debbano essere costituita ad hoc per evitare sovrapposizioni di funzioni<sup>212</sup>. Lo Stato membro provvederà poi a fornire alla Commissione i dati identificativi dell'autorità designata che sarà inserita in un elenco in cui sono presenti le autorità competenti di tutti gli Stati.

Il monitoraggio degli organismi verrà effettuato mediante uno scambio di informazioni tra organismo ADR ed autorità competente, nonché tra autorità competente e Commissione.

L'autorità nazionale raccoglierà tutta una serie di informazioni dagli organismi ADR, tra cui le percentuali di successo di composizione delle liti, al fine di verificare la compatibilità con le prescrizioni dell'emananda direttiva. Infine elabora un elenco formato da tutti gli organismi ADR presenti sul territorio nazionale che soddisfano le condizioni imposte e lo invia alla Commissione europea. Quest'ultima elabora un ulteriore elenco formato da tutti gli organismi ADR presenti sul territorio dell'UE che rispettano i requisiti stabiliti dalla direttiva.

Infine, l'andamento e lo sviluppo delle procedure ADR sono osservate, ogni due anni, attraverso la pubblicazione di una relazione da parte delle autorità di monitoraggio competenti, al fine di individuare le eventuali lacune della normativa, nonché eventuali suggerimenti per colmarle.

Passando ora alla proposta di regolamento ODR in materia di commercio elettronico, occorre menzionare la necessità, messa in

---

<sup>212</sup> G. GIOIA, op.cit.

luce dalla consultazione pubblica avviata nel 2011 in merito agli strumenti ODR<sup>213</sup>, di migliorare tali strumenti, in particolare per le operazioni di commercio elettronico dove esiste un numero crescente di reclami relativi ad importi esigui ed affetti da problematiche linguistiche, dato il loro carattere transfrontaliero.

La proposta di regolamento in via di approvazione mira ad istituire una piattaforma ODR a livello europeo, consistente in un sito web interattivo, accessibile gratuitamente in tutte le 27 lingue dell'UE, che opera come una sorta di sportello unico e consente a consumatori e professionisti di presentare reclami attraverso un apposito modulo elettronico. La piattaforma, ricevuto il reclamo, controlla se è trattabile e, previo accordo delle parti, si occupa di trasmetterlo al sistema ADR competente, il quale deve comporre la controversia entro i canonici 90 giorni.

Il regolamento stabilisce che tutti gli organismi ADR notificati alla Commissione europea dalle autorità nazionali competenti sono registrati elettronicamente nella piattaforma ODR europea.

Il regolamento andrà applicato solo alle controversie contrattuali tra consumatori e professionisti, connesse alla vendita di beni o servizi online.

Anche il regolamento prescrive degli obblighi di informazione a carico del professionista che deve indicare al consumatore, sul proprio sito web, la possibilità di ricorrere alla piattaforma ODR di cui è indicato l'indirizzo di posta elettronica.

La Commissione europea è responsabile della piattaforma per quanto concerne il suo sviluppo, il funzionamento, la manutenzione e la sicurezza dei dati.

---

<sup>213</sup> Consultazione pubblica sull'uso della risoluzione alternativa delle controversie (ADR) come mezzo per risolvere le controversie connesse alle operazioni e prassi commerciali nell'UE. Il testo è reperibile all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm)

Per quanto riguarda la tempistica relativa all'attuazione del regolamento e della direttiva, si prevede che enti ADR di buona qualità saranno disponibili su tutto il territorio dell'Unione a partire dalla seconda metà del 2014<sup>214</sup>, mentre la piattaforma unica ODR per la risoluzione online del contenzioso diverrà pienamente operativa all'incirca per l'inizio del 2015, dato che il suo funzionamento è strettamente collegato alla completa copertura degli organismi ADR.

Anche dallo spazio riservato alla trattazione, nel presente testo, dei vari istituti di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico si comprende come assumano sempre più importanza le risoluzioni extragiudiziali rappresentate dagli strumenti ADR e ODR, i quali, per le ragioni esposte in precedenza, si conciliano maggiormente con le caratteristiche della compravendita online rispetto ai ricorsi giurisdizionali ordinari. Come è accaduto di affermare in precedenza per altri fenomeni in evoluzione nel corso della trattazione, occorre attendere per verificare se i testi normativi introdotti risulteranno idonei allo scopo di incrementare la fiducia dei consumatori e, conseguentemente, rafforzare il mercato interno.

---

<sup>214</sup> G. GIOIA, op.cit.

## Capitolo quinto

### Giustizia sociale e commercio elettronico

#### 5.1. Considerazioni sulla giustizia sociale nel panorama europeo dei contratti

Terminate di analizzare le varie fasi del commercio elettronico B2C transfrontaliero nel mercato unico dell'UE, appare ora utile accennare al tema della giustizia sociale in materia contrattuale.

Un gruppo di studio formato da esperti di diritto privato europeo provenienti da tutto il territorio comunitario ha elaborato un manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti<sup>215</sup> che affronta le prospettive attuali e future di armonizzazione e integrazione del mercato unico.

Le istituzioni dell'Unione, afferma il manifesto, sono ancora legate ad una visione ottocentesca del contratto ispirata ai principi dell'autonomia privata e della libertà contrattuale riassunti nella nota massima :” qui dit contratuel, dit juste.”

La moderna preoccupazione è invece quella di operare un bilanciamento tra autonomia privata ed equità, considerazione che assume ancora maggior rilievo se affiancata dalla constatazione della crisi del welfare state. Le dirette pubbliche forniture di beni e servizi tramite gli enti dello stato sociale sono state smantellate e rimpiazzate dalle relazioni contrattuali. Di conseguenza, il diritto dei contratti va a disciplinare il modo in cui i cittadini ottengono la soddisfazione dei propri bisogni primari. Detto ciò, l'approccio

---

<sup>215</sup> GRUPPO DI STUDIO SULLA GIUSTIZIA SOCIALE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO, *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. SOMMA (a cura di) *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 1 e ss.

tecnocratico seguito dalle istituzioni dell'Unione diretto all'emanazione di norme di armonizzazione minima che mirano ad apportare dei semplici correttivi alle anomalie del mercato unico appare limitato. Infatti, secondo il manifesto, per eliminare la maggior parte dei problemi concernenti il commercio transfrontaliero sarebbe sufficiente la capacità di autoregolamentazione da parte degli attori del mercato.

La questione primaria che i legislatori comunitari dovrebbero affrontare è il bilanciamento tra l'autonomia privata contrattuale e i principi ugualmente importanti della solidarietà sociale, che proibiscono agli individui di approfittare della superiorità di forza economica.

Ci si può aspettare, seppur con qualche dubbio<sup>216</sup>, che il regime di libero mercato apprestato dall'Unione aiuti a generare ricchezza, che a sua volta porterà benefici ai cittadini europei. Ma, come già affermato, nell'ambito della tutela dei consumatori, ogni regolamentazione giuridica del mercato trova la sua giustificazione principale nel bisogno di rimuovere gli ostacoli al commercio o di correggere fallimenti del mercato.

Ciò che manca dunque, è sicuramente un'idea di giustizia distributiva.

Da Aristotele in poi si suole distinguere tra giustizia commutativa e giustizia distributiva<sup>217</sup>. La giustizia commutativa parifica un'eguaglianza violata a causa di un guadagno o di una perdita ingiusta. Questa forma di giustizia volta a compensare, restituire e ripristinare è considerata quella giuridica per eccellenza, nonché

---

<sup>216</sup> H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in op. cit., p. 83 e ss.

<sup>217</sup> B. PASTORE, *Il manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in op.cit., p. 187 e ss.

quella maggiormente presa in considerazione dall'UE, realizzando il principio di rendere a ciascuno il suo.

La giustizia distributiva affronta problemi di ripartizione ed assegnazione di un quid in comune, come ad esempio beni, vantaggi, profitti, opportunità e via dicendo. Per far ciò, occorre che sia stabilito ciò che spetta ad ognuno, attraverso decisioni prevalentemente "politiche", ma non prive di connotazioni giuridiche. Il diritto privato, di per sé, non è in grado di assumere tale compito di redistribuzione, ciò però non giustifica l'approccio tecnocratico delle istituzioni dell'Unione in materia contrattuale. Il diritto, nella sua tecnicità, deve comunque prestare attenzione alle esigenze equitative e solidaristiche espresse dai cittadini, contrastando la strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento degli interessi economici orientati al raggiungimento del maggior profitto possibile da parte di pochi. Il diritto è chiamato a rendere giusta la convivenza sociale.

Secondo il manifesto, la Commissione e il Consiglio hanno già iniziato a formulare alcuni principi basilari di equità negli scambi, che cercano appunto di operare un bilanciamento tra il rispetto per l'autonomia privata e la preoccupazione di proteggere le parti deboli, assicurando la giustizia sociale.

Queste istituzioni però, nel momento in cui introducono norme che regolano la correttezza nelle procedure di conclusione del contratto per ridurre l'incidenza dei contratti sostanzialmente iniqui, lo fanno con il dichiarato scopo di correggere le distorsioni del mercato, piuttosto che per assicurare il rispetto di criteri di giustizia nelle clausole contrattuali.

Per il gruppo di studio però, non si può regolare il funzionamento dei mercati senza indirizzarne contemporaneamente gli effetti; le norme generali sui contratti hanno infatti effetti distributivi

prevedibili e controllabili. Negare rilevanza a tali effetti costituisce una pratica foriera di vantaggi per alcuni soggetti. In primo luogo per i politici, i quali sostenendo l'idea che il mercato sviluppato dal diritto contrattuale abbia effetti distributivi neutri, sono sollevati da qualunque responsabilità politica per le sue conseguenze. E' solo la mano invisibile di smithiana memoria che determina la distribuzione della ricchezza prodotta dal mercato, non le decisioni dei leader politici.

In secondo luogo, secondo il manifesto, negare gli effetti distributivi del diritto dei contratti è ricorrente consuetudine per dottrina e giurisprudenza. Questi soggetti, per salvaguardare la legittimità del sistema giuridico preferiscono basare le loro analisi su elementi razionali e tecnici piuttosto che su argomentazioni politiche che affliggerebbero tutte le argomentazioni su tematiche distributive dei contratti.

E' comune quindi l'idea che per costruire un libero mercato di beni e servizi la legislazione dell'UE non debba occuparsi di giustizia distributiva.

Il concetto di giustizia contrattuale fatto proprio dalle istituzioni comunitarie non ha nulla a che vedere con le diseguaglianze sociali delle parti contraenti<sup>218</sup> e con gli obiettivi di redistribuzione delle ricchezze. La giustizia contrattuale viene sempre considerata insieme al concetto di efficienza, unici due parametri cui è commisurato il buon funzionamento del mercato.

L'equità dello scambio risponde solo ad una logica funzionale alla correzione dei fallimenti del mercato, non si considera più una categoria unitaria di contraenti deboli da proteggere, ma si individua un contraente che è debole in relazione alle condizioni in

---

<sup>218</sup> M. MELI, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti*, in op.cit., p. 167 e ss.

cui la contrattazione si svolge. Si profila un più ampio controllo sul contenuto del contratto, ma sempre entro una logica individuale e privata.

I valori fondanti il diritto contrattuale dell'Unione quindi, paiono sì diretti alla tutela del consumatore, ma solo strumentalmente all'apporto di correttivi al mercato, tali quindi da trascurare le fonti di diseguaglianza.

Il manifesto auspica a questo punto che venga iniziato un procedimento politico attraverso la maggiore partecipazione democratica possibile nel contesto europeo e che tratti quattro tematiche principali:

1. Equità o giustizia sociale. La regolamentazione del mercato che verrà scelta dovrà abbracciare un modello distributivo dei risultati, che assicuri un trattamento equo ad ogni cittadino europeo e quindi impedisca lo sfruttamento e l'esclusione sociale.
2. Tale modello di giustizia distributiva non riguarda solo la ricchezza materiale, ma anche altri diritti e libertà fondamentali che dovranno ugualmente essere tutelati dalle norme di diritto contrattuale europeo.
3. Questi principi di giustizia sociale dovranno essere legittimati sia dal procedimento in base al quale vengono selezionati, sia tramite le modalità della loro tutela. Tutto ciò dovrà svolgersi attraverso la partecipazione democratica e il dialogo.
4. Tali principi di giustizia sociale dovranno ambire a creare un'unione sempre più stretta tra i popoli europei, fondata su valori comuni, con l'esigenza di rispettare le loro diversità e differenze.



Approfondendo il punto 2, il manifesto afferma che i Trattati europei, la Convenzione europea sui diritti umani e l'abbandonata proposta di Costituzione europea rivestono un'importanza ignorata nel processo di integrazione del diritto privato europeo. Infatti in questi testi si proclamano valori come quello della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della legalità che fanno da cornice ai principi che governano il diritto contrattuale. Sebbene infatti la libertà sia un valore fondamentale e giustifichi l'autonomia privata nella contrattazione, essa deve essere bilanciata con altri valori, ugualmente rilevanti come l'inclusione sociale, l'accesso ai servizi di interesse economico, un elevato livello di protezione del consumatore e dell'ambiente, nonché la tutela di condizioni di lavoro eque e giuste. E' errato quindi supporre che vi sia una netta separazione tra questi diritti pubblici fondamentali e la sfera dei rapporti privati di mercato.

Riguardo al punto 4, il gruppo di studio ritiene che debba formarsi la forte convinzione che sia necessario un riavvicinamento delle culture, stili di vita, categorie concettuali e tradizioni politiche radicate tra gli Stati membri in materia di diritto contrattuale<sup>219</sup>. La necessità di un siffatto accordo politico su tale questione, seppur difficile da realizzare, non può essere negata dalla ben nota argomentazione tecnocratica, per la quale le azioni utili sono solo quelle necessarie al miglior funzionamento del mercato interno.

Un ulteriore requisito per giungere ad un maggior grado di giustizia nel diritto dei contratti è la formazione del consenso tra cittadini e politici degli Stati europei, tuttora mancante, sulla scelta dei valori fondamentali da incorporare nella materia contrattuale. Infatti lo studio degli ordinamenti privatistici nazionali dei vari Stati membri

---

<sup>219</sup> B. LURGER, *Il futuro del diritto europeo dei contratti*, in op. cit., p. 141 e ss.

rivelerà standard di equità variabili, che a loro volta riflettono differenze culturali ed economiche. Proprio l'analisi dei principi emergenti dai vari ordinamenti costituirà materiale di riflessione attorno al quale le istituzioni dell'Unione dovranno formare il consenso necessario ad elaborare un moderno diritto contrattuale che presenti un modello accettabile di giustizia sociale.

Nonostante alcuni spunti apprezzabili, anche tale manifesto sulla giustizia sociale è stato fatto oggetto di critiche<sup>220</sup>.

In particolare, la costituzionalizzazione atta a bilanciare la libertà contrattuale con altri principi fondamentali espressi nei trattati e nella varie carte dei diritti fondamentali dell'UE, al fine di creare un diritto privato alternativo, si scontrerebbe con i diritti sociali ed economici tradizionalmente tutelati e riconosciuti ai cittadini dei vari Stati membri all'interno dei testi costituzionali, i quali legittimano modelli interventistici di *governance* del mercato che il sistema europeo, per il principio di sussidiarietà, non consente.

Inoltre, si ritiene che l'efficacia degli strumenti correttivi del diritto contrattuale comunitario sarebbe limitata dal modello ordoliberal a cui si ispirano, ossia dalla convinzione, quantomeno dubbia, che la perequazione delle asimmetrie informative sia sufficiente a garantire l'equità dello scambio.

Ha suscitato perplessità anche l'attribuzione, al diritto privato, da parte del manifesto, della funzione di sopperire alla crisi del *Welfare State* in merito alla tutela dei diritti sociali dei cittadini. Ciò che non convince non è la modalità attraverso la quale il diritto contrattuale dovrebbe svolgere tale compito, ma la possibilità in sé che il diritto privato possa svolgerlo.

---

<sup>220</sup> M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in op. cit., p. 67 e ss.

Infine, sono state criticate le aspirazioni redistributive del manifesto affermando che il mercato, per le sue caratteristiche fondamentali, presuppone disuguaglianza dei possessi privati e inevitabilmente produce disuguaglianza. Il contratto istituisce e garantisce questa disuguaglianza attraverso il carattere eguale della sua disciplina. La solidarietà redistributiva a questo punto, non può essere quella propugnata dal manifesto che si limita ad assicurare l'efficienza e il corretto funzionamento del mercato attraverso una costituzionalizzazione dei principi del diritto contrattuale, ma deve giustapporre alla logica economica una più propriamente politica, alla giustizia contrattuale un'altra giustizia che evoca una diversa misura di rapporti tra gli uomini. Semplificando, si accusa il manifesto di essere rimasto ancorato a logiche interne al diritto contrattuale nell'affrontare istanze redistributive che possono unicamente essere viste da un'ottica politica ed estranea al diritto privato.

Cercare di stabilire quale sia la teoria più giusta appare impresa ardua. Riportando l'ordine delle considerazioni svolte alla tematica più specifica del commercio elettronico, ad avviso di chi scrive i principi di giustizia sociale e redistributiva sono difficilmente conciliabili con tale modalità di svolgimento della compravendita. Innanzitutto, se si tenta di individuare la tipologia di merci acquistate con più frequenza mediante la rete internet, si può agevolmente constatare che molto spesso si tratta di oggetti voluttuari, atti a soddisfare esigenze secondarie, non strettamente necessari per la vita dell'individuo. Il soggetto che procede all'acquisto inoltre, dotato di dispositivo elettronico e dell'accesso al web, non si identifica facilmente con un possibile destinatario di misure adottate per attuare qualche forma di giustizia redistributiva.

Più in generale, l'Unione europea appare formata da stati dotati di tradizioni culturali, economiche, giuridiche e politiche troppo diverse l'uno dall'altro per poter pensare di raggiungere un accordo su misure, come quelle di giustizia sociale, che richiedono al contrario un grande consenso, soprattutto a livello politico.

E' già stato evidenziato nel testo come il maggiore ostacolo al completo sviluppo del commercio elettronico vada ricercato nella sensazione di insicurezza che pervade il consumatore che voglia intraprendere una procedura d'acquisto online. Proprio in tale ambito potrebbero probabilmente riacquisire una loro utilità i concetti di giustizia sociale. Si potrebbe infatti muovere qualche deciso passo verso una regolamentazione equa e maggiormente attenta ai bisogni del compratore, non semplicemente finalizzata all'incremento esponenziale dei ricavi per le imprese venditrici. Occorre superare quella concezione liberale che considera sempre confliggenti la regolamentazione atta a migliorare le condizioni per il consumatore e le esigenze di sviluppo del mercato che andrebbe lasciato privo di regolamentazione per raggiungere i migliori risultati. Infatti, se l'utente che vuole acquistare sul web sa di avere alle spalle un solido quadro normativo che lo tutela, si rivolgerà sempre più spesso e in modo sempre più sicuro a tale modalità di svolgimento della compravendita, incrementando le esternalità positive di cui beneficeranno quelle stesse aziende che magari, a causa della normativa più equa e attenta ai bisogni del contraente debole, hanno dovuto sopportare costi maggiori.

Quindi si potrebbe giungere ad una giustizia sociale a favore del consumatore che strumentalmente genera benefici al commercio elettronico e alle imprese operanti sul web, sconfessando l'oramai vetusto approccio liberale al mercato.

Ovviamente l'attuazione di questo processo richiede che sia le aziende, sia le istituzioni dell'Unione aderiscano a tale impostazione, espungendo qualunque atteggiamento neo-liberale duro a morire. In particolar modo le imprese si dovranno convincere che un costo maggiore o ottenere un guadagno inferiore oggi porterà grandi benefici a medio-lungo termine per l'*e-commerce*.

## 5.2. Conclusioni

Ultimata l'analisi delle varie fasi del contratto di compravendita online B2C transfrontaliero all'interno dell'Unione Europea, è giunto il momento di trarre le conclusioni e di tentare di rispondere alle domande che erano state poste nell'introduzione alla trattazione<sup>221</sup>. La prima domanda posta chiedeva se, ad anni di distanza dall'introduzione delle varie direttive, potevano dirsi raggiunti gli obiettivi di tutela del consumatore e di sviluppo del mercato elettronico interno.

E' innegabile che nell'ambito della tutela del consumatore in generale, e in quello del commercio elettronico in particolare, sono stati fatti numerosi passi in avanti. L'introduzione di diversi istituti, quali il recesso, la disciplina del difetto di conformità, le prescrizioni riguardanti le informazioni dirette alla conclusione della compravendita, ad esempio, hanno inciso notevolmente in favore del contraente debole, incrementando la fiducia degli utenti nei confronti dell'*e-commerce*, fattore decisivo per il pieno sviluppo del mercato, come più volte affermato in precedenza.

---

<sup>221</sup> Vedi supra, paragrafo 1.1

Inoltre, gli strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie introducono un nuovo sistema di “difesa” in favore del compratore, spesso scoraggiato ad intraprendere azioni giudiziali dall’alto costo di queste in rapporto all’esiguità del valore dell’oggetto della disputa, sovente inferiore a 50 euro.

Tutto ciò però non ha contribuito in maniera decisiva al raggiungimento dei risultati sperati da parte delle direttive, come si può leggere anche dai considerando iniziali della 2011/83/UE<sup>222</sup> citati nell’introduzione a questo elaborato, nei quali si afferma che l’insoddisfacente tutela del consumatore ha portato ad un mancato completo sviluppo del commercio elettronico, nonostante l’avvenuta “banalizzazione” dei costi di trasporto delle merci, dovuta al miglioramento degli standard tecnologici ad esso applicati<sup>223</sup>. Gli obbiettivi quindi possono ritenersi disattesi.

La seconda domanda paventava, in caso di risultati insoddisfacenti raggiunti dalle direttive, il passaggio a fonti normative di armonizzazione massima, quali ad esempio i regolamenti.

Questo processo può considerarsi già in atto, come dimostrato dalla presenza, nell’agenda della Commissione, della proposta di regolamento di diritto comune europeo della vendita (CESL)<sup>224</sup>, del regolamento sulla protezione dei dati personali<sup>225</sup>, nonché della proposta di regolamento sull’ODR per i consumatori relativa alle operazioni transfrontaliere di commercio elettronico<sup>226</sup>.

Non solo le istituzioni dell’Unione introducono sempre più spesso dei regolamenti, i quali annullano qualsiasi discrezionalità da parte

---

<sup>222</sup> Op. cit.

<sup>223</sup> M. PASSALACQUA, *Dai traffici alla globalizzazione: commerci e logistica*, in M. GIUSTI-E. BANI (a cura di) *Complementi di diritto dell’economia*, Padova, Cedam, 2008, p. 17 e ss.

<sup>224</sup> Vedi supra, paragrafo 1.2.1

<sup>225</sup> Vedi supra, paragrafo 4.3

<sup>226</sup> Vedi supra, paragrafo 4.5.2

degli Stati membri al momento del loro recepimento, ma anche nei casi in cui preferiscano legiferare attraverso direttive, come nel caso della più volte citata 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, tendono ad adottare direttive dettagliate, attraverso disposizioni che, come nel caso dei regolamenti, lasciano pochi spazi all'autonomia della normativa di recepimento statale.

Tali considerazioni riportano alla terza domanda posta nell'introduzione, ovvero della possibilità che Internet possa essere ritenuto ancora un luogo immateriale caratterizzato dall'assenza di leggi e di autorità regolatrici. E' ancora presto per poter dire con certezza se tali regolamenti e direttive di armonizzazione massima consentiranno finalmente al commercio elettronico di svilupparsi appieno. Certo è che si fanno apprezzare poiché tentano finalmente di formare un quadro legislativo certo e definito. Internet è ancora un luogo immateriale e sempre lo sarà per le sue caratteristiche essenziali. Inoltre, è difficile isolare il mercato comunitario dal resto del globo, proprio per la capacità offerte dall'*e-commerce* di rivolgersi ai consumatori di tutto il mondo. Sembra impossibile, o quantomeno estremamente arduo, identificare un'autorità che possa regolare l'intero commercio elettronico mondiale, oppure pervenire a fonti di autoregolamentazione a causa dell'elevato numero di soggetti coinvolti.

Alla luce di tali considerazioni, appare ancora più indispensabile adottare le misure idonee a favorire il pieno e completo sviluppo del commercio elettronico nel mercato interno dell'UE, l'unico che possiede un sistema di fonti legislative che permettono di regolarlo e l'autorità delle istituzioni comunitarie al fine di imporne l'osservanza.

La quarta domanda introduttiva si interrogava sul futuro del diritto europeo dei contratti. Abbandonata l'idea di codice civile europeo,

accantonato il quadro comune di riferimento in materia contrattuale<sup>227</sup>, fallito il progetto più generale di una Costituzione europea, il futuro dell'Unione appare ad un punto di svolta, alla luce anche del perdurare della crisi economica mondiale. Troppe appaiono ancora le differenze politiche, culturali ed economiche tra gli Stati membri, legati ancora ad una visione sempre troppo poco incline alla cessione di sovranità anche in materia prettamente contrattuale. Al contrario, una completa armonizzazione in tale ambito porterebbe probabilmente ad un mercato interno più solido, capace forse di affrontare la supremazia dimensionale e tecnologica delle industrie statunitensi e la manodopera a basso costo di India e Cina. Le norme di diritto contrattuale introdotte fin qui dalle istituzioni comunitarie appaiono frammentarie e poco efficaci.

L'ultima domanda a cui occorre rispondere è quella che ipotizza la possibilità di introdurre concetti di giustizia sociale in materia di commercio elettronico.

Dalle riflessioni svolte al paragrafo dedicato<sup>228</sup> emergono teorie che apportano una dicotomia tra la giustizia sociale, e quindi la tutela del consumatore, contrapposta alla libera concorrenza e al pieno sviluppo del mercato. Chi scrive ritiene questa linea di pensiero ancora ancorata ad una visione liberale appartenente oramai al passato. E' possibile conciliare la tutela del consumatore con il potenziamento del mercato interno attraverso una visione strumentale delle norme poste a favore del contraente debole. Migliorando le condizioni in cui si trova ad operare il compratore al momento della stipulazione del contratto è facile ipotizzare un incremento delle vendite. Più volte nel corso della trattazione è stata identificata la principale causa del mancato sviluppo del

---

<sup>227</sup> Vedi supra, paragrafo 1.3.1

<sup>228</sup> Vedi supra, paragrafo 5.1



commercio elettronico con la persistente sfiducia dei consumatori nei confronti della compravendita online. Una maggiore attenzione verso condizioni contrattuali più eque e attente alle esigenze dei contraenti deboli potrebbe essere la soluzione per incrementare il consenso attorno a questo tipo di vendita. Si supererebbe, in questo modo, la teoria che contrappone la tutela del consumatore al libero sviluppo del mercato per approdare ad una nuova visione strumentale che finalizza l'attenzione nei confronti del compratore al miglioramento dell' *e-commerce*. Per ottenere qualche risultato però, occorre che le imprese si convincano che sostenere dei costi maggiori o dei guadagni inferiori per migliorare la tutela dei contraenti deboli si rivela fonte di miglioramento del mercato e di ricavi maggiori nel medio-lungo termine. In questa accezione, si può quindi parlare di giustizia sociale nell'ambito del commercio elettronico. Altrimenti, fintanto che gli utenti continueranno a manifestare tale diffidenza verso l' *e-commerce*, e le istituzioni dell'Unione Europea non troveranno un modo per eliminarla, il futuro della compravendita online continuerà ad apparire come un'occasione mancata.

## Bibliografia

A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007

AA.VV., *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2012

C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DFCR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 04/2011

C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, Giuffrè, 2006

E. M. TRIPODI, *I sistemi di conciliazione online: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto dell'internet*, n. 2/2005

F. A. REGOLI, *La Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei "contratti a distanza"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997

F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *I contratti*, 8-9/2012

F. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997

G. CORASANITI, *Profili fiscali del commercio elettronico*, in *Diritto e pratica tributaria*, I 2003

G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, 7/2012

G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, in *il Corriere giuridico*, 5/2012

G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, n. 8-9/2004

G. PIZZOLANTE, *La nozione di “ Consumatore ” nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003

G. STUMPO, *Il quadro tecnico e normativo di riferimento degli strumenti di pagamento on-line*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001

I. PICCIANO, *Il Parlamento Europeo approva nuove norme comunitarie per gli acquisti on-line*, in *I Contratti*, 11/2011

I. PICCIANO, *La commissione europea richiede un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono*, in *I contratti*, 5/2012

L. MARINI, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000

M. GIUSTI-E. BANI (a cura di) *Complementi di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008

M. SANTAROSSA, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000

N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001

P. GUARDA, *Sicurezza dei pagamenti e privacy nell'e-commerce*, in *Diritto dell'internet*, N.1/2005

P. PALLARO, *La tutela della vita privata in relazione ai trattamenti di dati personali in internet: l'approccio della comunità europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000

P. PARDOLESI, *Le garanzie relative ai beni di consumo venduti on-line. Pubblicità, affidamento, responsabilità*, in *Diritto dell'internet*, n.6/2007

P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 7/2012

R. INCARDONA, *Direttiva 1999/44/CE e la sua adozione: i consumatori europei sono più garantiti?*, in *Altalex*, articolo 22/10/2004

S. ALVANINI, *La responsabilità dei services providers*, in *Il diritto industriale*, 4/2010

S. CAFARO, *I corridoi paneuropei dei trasporti: una combinazione di diritto internazionale e di diritto comunitario per “collegare” il continente*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4/2003

S. MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Giuffrè, Milano, 1998

S. ZORZETTO, *The common european sales law: a case of study on uniformity and feasibility in european legal system*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012

V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2002, parte seconda

